All'illmo sig. prof. Angelmi
Catania
con molta stima l'A.

STUDI

SULLA DOTTRINA ROMANA

DELLE SERVITÙ PREDIALI

DEL

PROF. BIAGIO BRUGI

(III.°)

BOLOGNA
TIPOGRAFIA FAVA E GARAGNANI
1884

PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA
Legato Anselmi
OA. - b
409

STUDI

SULLA DOTTRINA ROMANA

DELLE SERVITÙ PREDIALI

DEL

PROF. BIAGIO BRUGI

(III.°)

BOLOGNA
TIPOGRAFIA FAVA E GARAGNANI
1884

PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA

(Estratto dall' Archivio Giuridico)

STUDI SULLA DOTTRINA ROMANA

DELLE SERVITÙ PREDIALI

STUDIO III.

SCOPO E FORME DELLA *SERVITUS AQUAEDUCTUS* E DELLE AFFINI NEL DIRITTO CLASSICO.

Sommario. — §§. 1.° Nesso coi precedenti studi. — 2.° Ricordi del *pagus* e condizioni topografiche ai tempi del Diritto classico. — 3.° La dottrina della *vetustas* in materia di acque. — 4.° Concessioni di acqua pubblica per la irrigazione. — 5.° Ammaestramenti degli *scriptores rei rusticae*. — 6.° Le servitù sulle acque nel puro Diritto romano. — 7.° Confronti col Diritto moderno. — 8.° Lo scopo della servitù d'acquedotto. — 9.° Conclusione.

§. 1.° Nei precedenti studi (1) io tentai mostrare che la servitù di passo è sorta e si è svolta nel Diritto romano indipendentemente dal puro bisogno dell'accesso ai fondi. Faccio adesso un eguale tentativo riguardo alla servitù d'acquedotto e alle affini molto importando, come già fu detto (2), l'analisi di queste primitive forme di servitù prediale per valutare lo scopo di tal'istituto che è uno dei più delicati congegni economici e giuridici tramandati a noi dal Diritto classico.

Nella dottrina delle acque, cui già gli statuti nostri e poi tanti dotti giureconsulti dal Pecchio al Gianzana recarono i più pre-

(1) *Arch. giur.* XXV, p. 321-81, XXVII, p. 165-268, XXIX, p. 521-27.
(2) *Arch. giur.* XXVII, p. 256-58.

gevoli contributi, io non farò che valermi dei materiali esistenti restandomi invece qualche ricerca meno diligentemente fatta di fronte al Diritto classico; ma anche per questa vi sono nella nostra letteratura romanistica ottimi elementi i quali abbisognano soltanto di una migliore valutazione e di un più intimo collegamento. Invero mio unico desiderio è quello di gettare uno sguardo nella coscienza giuridica romana per ricercarvi il vero scopo della servitù d' acquedotto e trarne ammaestramenti per formulare quindi il concetto di servitù prediale valutando in tutta la sua economica importanza il contenuto di una istituzione giuridica la cui figura classica deturpata dalle aberrazioni medio-evali risuscita nelle sue pure linee soltanto nel Diritto moderno.

Onde i §§. di questo studio raggruppansi logicamente nei seguenti capitoli:

Cap. I. Le necessità agricole dell' acqua (§. 1-5);

Cap. II. La *servitus aquaeductus* e le affini (§. 6-7);

Cap. III. Lo scopo della *servitus aquaeductus* (§. 8-9).

Se lo studioso, lette queste pagine, troverà che io promisi più di quello che mantenni, pensi che in una effemeride scientifica è lecito accennare idee che in seguito possono venir meglio analizzate e discusse e che io volli presentargli un quadro dal quale si trasfonda in lui la persuasione che il concetto della necessità della servitù prediale dovrà affatto cambiarsi nell' altro assai diverso della utilità economica della medesima (1).

CAPITOLO I.

Le necessità agricole dell' acqua.

§. 2.° Lo Schönemann, caldo fautore della scuola economico-giuridica, muove il giusto lamento che mentre la economia ha una

(1) L' opinione contraria che le servitù prediali nel Diritto romano fossero ravvisate come necessarie pel godimento normale di un fondo conta ancora autorevoli sostenitori. Tra questi mi limito qui a ricordare il ch. prof. **Pernice**, *M. Antistius Labeo* I, p. 321 ove egli così esprimesi: « al podere appartengono *necessariamente* le servitù; infatti secondo le vedute romane è *inconcepibile* un fondo *senza servitù* ». Favorevole in parte alla mia tesi è invece il ch. prof. **Voigt**, *Ueber den Bestand und die histor. Entwick. der Servitu-*

peculiare importanza nei diritti reali in genere e nel loro vicendevole rapporto « proprio in questa parte del diritto la maggio- » ranza dei giuristi si occupò fino ad ora troppo della ricerca dei » singoli principii giuridici dei diritti reali e della loro combina- » zione nel sistema senza indagare la natura fondamentale degli » istituti e senza apprezzare debitamente il loro materiale conte- » nuto nella sua economica importanza (1) ». La sua monografia che è tra le più recenti non ha, secondo me, giovato gran cosa alla conoscenza del contenuto economico della servitù prediale (2) malgrado che l'A. abbia il merito di aver richiamato la dottrina sulla buona via.

Io mi propongo di seguire il suo consiglio e vorrei valutare lo scopo economico della *servitus aquaeductus* riponendola nel circolo delle istituzioni giuridiche della vicinanza ai tempi del Diritto classico con un processo identico a quello tenuto per la servitù di passo negli studi precedenti. Soltanto in questo modo la nostra istituzione giuridica potrà, secondo la bella frase di un egregio romanista (3), ritrovare la ragione del suo essere e le condizioni del suo svolgersi nell'armonia di tutti gli elementi vivi della vita nazionale. Al quale intento bisogna considerare la servitù prediale non dal solo aspetto di *ius in re*, ma insieme come parte precipua della dottrina della vicinanza.

Se la servitù di passo è sorta parallellamente ad un accesso ai fondi già assicurato dal Diritto, dobbiamo seguendo lo stesso metodo ricercare se le necessità agricole dell'acqua fossero in qualche modo soddisfatte senza la *servitus aquaeductus*.

L'antica vita italica ci presenta dei nuclei di agricoltori detti latinamente *pagi*: le più antiche memorie li ricordano esistenti nell'Insubria (4), nell'Etruria (5), nella Liguria (6), nel Lazio (7),

ten etc. Leipzig 1874, p. 15; ma egli ammette che la servitù di passo non fosse necessaria (attese le regole della *limitatio*) senza estendere la stessa asserzione alla servitù d'acquedotto. Questo io mi propongo di fare nel presente studio.

(1) *Die Servitut.* Vorw. p. VII.
(2) *Arch. giur.* XXVII, p. 256-58.
(3) **De Ruggiero**, *La gens in Roma av. la form. del Comune*, p. 1.
(4) **Strabo**, *Geograph.* V. 1, 6.
(5) *O. c.* V. 1, 11.
(6) *O. c.* V. 2, 1.
(7) *O. c.* V. 3, 2.

nella bassa Italia (1) e in genere in tutta la penisola. Anche nell'apogeo della civiltà romana rimase la coscienza che quei primi gruppi autonomi erano stati i primordi del viver sociale; ma il *pagus* si trasformò ben presto in una parte organicamente incastrata in un tutto più vasto: fin dalla riforma serviana fu una suddivisione rustica della *tribus* (2). Altrove fu assorbito dal municipio o in tempi più recenti fu elemento di più vasta consociazione (3). Pertanto la vetustà e la degenerazione del *pagus* ci tolgono la possibilità di conoscere la primordiale agricoltura e l'embrione delle norme giuridiche.

Quando i Romani conobbero le stirpi galliche e germaniche dissero *pagus* anche il territorio occupato e coltivato da ciascuna comunità delle medesime (4); ma non è lecito prendere il *pagus* gallico e germanico come tipo primordiale del trasformato *pagus* italico perchè le notizie classiche che di quello ci restano sono così ambigue che hanno dato luogo alle più vive controversie appunto attorno all'agricoltura presso i primi Germani (5). Nel complesso il *pagus* germanico presenta minore stabilità e compattezza del vetusto villaggio romano (6); onde minor bisogno di regole della

(1) *O. c.* V. 4, 12. Strabone pone insomma la regola generale: ἅπαντες γὰρ ὤχουν χωμηδόν.

(2) **De Ruggiero**, *o. c.* p. 17. Sui *pagi* v. in specie **Mommsen**, *Die roemisch. Tribus*, p. 15-20, 211-15, *Roem. Gesch*, I, p. 109 (ed. 3.ª), **Marquardt**, *Roem. Staatsverw.* p. 4.

(3) *Pagus* talvolta sinonimo di regione: **Rudorff**, *Grom. Institut.* p. 239 nota 23. Nelle posteriori fonti del Diritto germanico sinonimo di *comitatus* e *ducatus* (cf. **Eichhorn**, *Deutsche St. und Rechtsg* §. 83 nota *d*, *e*) talvolta distinto dal *comitatus* come giurisdizione del *vicecomes* (**Eichhorn**, §. 234 nota 11). Sui *pagi* tedeschi dopo il medio-evo v. anche un interessante cap. del **Leyser**, *Ius georg.* III, 5.

(4) **Caesar**, *De bello gall.* I, 12. IV, 1. **Tacitus**, *Germ.* 26.

(5) Tra Cesare e Tacito vi sono soltanto 150 anni di differenza: il primo dipinge i Germani come un popolo quasi nomade, il secondo parla di un genere di coltura usato presso di loro ove molti vogliono scorgere l'avvicendamento triennale. Un esatto riassunto delle opinioni ed una buona proposta d'interpretazione trovansi in **Roscher**, *Recherches sur div. suj. d'econom. politiq.* Paris, 1872, p. 52-89.

(6) Questa compattezza nel villaggio italico è antichissima a differenza del *pagus* germanico. Ottime ricerche in **Pöhlmann**, *Die Anfänge Roms* Erlangen, 1881.

vicinanza. E quanto alla necessità dell' acqua per irrigare non vi potè esser sentita mancando presso i Germani, secondo Tacito (1), l' uso della irrigazione che noi troviamo nell' agricoltura romana come antica pratica già registrata da Catone (V. sotto §. 4 e 5).

Per la mia ricerca io debbo ricordare gli studi del De Ruggiero e del Rudorff.

Il primo di essi ha collegato insieme i concetti del *pagus* e della *gens*: quello sarebbe stato il territorio di questa allorchè era autonoma (2), ossia un luogo munito ove rifugiarsi in caso di pericolo avente attorno i campi coltivati dalle singole famiglie. Più *pagi* recanti ciascuno il nome di una *gens* si sarebbero raggruppati l' un presso l' altro in guisa da formare le tre tribù: da queste sarebbe scaturito il Comune suddiviso agrariamente nei *pagi*.

Il Rudorff studiò pure diligentemente il *pagus* sulla base degli agrimensori romani (3): cioè sotto un aspetto agricolo e per conseguenza sociale che a noi massimamente importa. Là in mezzo al *pagus* risultante degli appezzamenti (*fundi*) spettanti ad ogni singola famiglia nel suolo (*ager*) di ciascuna gente (4), indi nei contatti tra più *pagi* si vennero formando in embrione quelle prime norme religiose e giuridiche insieme che poi costituirono per noi le obbligazioni nascenti dalla vicinanza. Nè esagerò il Rudorff scrivendo: « Così il diritto di vicinanza appare come il punto di par- » tenza di un movimento che cominciando allo stesso tempo nei » più piccoli circoli trova il suo riposo soltanto nell' ampio *orbis* » *romanus* (5) ». In quest' ampliarsi continuo del circolo dell' umano consorzio (lucidamente accennato già da Cicerone (6) ed oggi sì bene posto in luce dalla filosofia e dalla storia) le dottrine che poi divennero esclusivamente proprie del diritto privato sulla vici-

(1) *Germ.* 26.

(2) *O. c.* p. 17 *Enciclop. giur. ital.* s. v. ager publicus-privatus, p. 699.

(3) *O. c.* p. 236-41. Per **De Ruggiero** il *pagus* romano è primordialmente più ristretto circoscrivendosi ai membri di una *gens*, per **Rudorff** è un vincolo *einer ganzen Bauerschaft*. Ma le due idee, se io non erro, si conciliano perchè questa seconda può rappresentare una fase più recente dal *pagus* omai ingrandito.

(4) L' antico contrapposto di *fundus* e *pagus* rimase nella *forma censualis*. l. 4, pr. D. *de cens.* (L. 15).

(5) *O. c.* p. 241.

(6) *De fin. bon. et mal.* V. 23.

nanza derivante dallo stesso gius interprete della situazione e dei bisogni dei fondi e su quella derivante dal patto (*servitus*) acquistano un' importanza anche maggiore di quella che siam soliti di attribuire ad esse.

Il *pagus* ha giovato per certo a formare una stabile e pacifica convivenza di più famiglie (1) sopra una data superficie di suolo, a far sorgere certe regole circa all' uso delle cose a tutti necessarie, a formare quella piccola associazione territoriale dei prischi tempi di cui i tempi consimili dopo la ritornata barbarie ci riproducono un piccolo esempio nei villaggi di uomini liberi sorti nel medio-evo qua e là accanto agli artificiali gruppi villerecci di servi (2).

Dentro al *pagus* dovette regnare la quiete necessaria per l' agricoltura; ciò anche perchè gli agricoltori furono dapprima *affines* stretti, cioè, da una qualche parentela (3). Questo primitivo stato di cose perdurò nel mite carattere dell' *iurgium* (4), negli *arbitria* tra i confinanti (5) e in genere nella dottrina della vicinanza secondo il Diritto classico. La quale è improntata sempre ad un carattere di benevolenza tra i coloni. Mancando una precisa norma giuridica si fa intervenire l' equità (6); si brama che ciascuno sfrutti meglio che può il proprio campo e si dice che usa del suo diritto

(1) Sulla *domus familiaque* nell' antico senso romano v. adesso **Voigt**, *Die XII Tafeln* II. §. 72.

(2) Questi villaggi liberi medio-evali che si costituivano lasciando beni a comune sono diligentemente studiati dai francesi. **Troplong**, *Contr. de Societé* pref. p. XX. **Aucoc**, *De sect. de Comm. et des biens com.* p. 44. **Laveleye**, *De la propr. et des ses formes prim.* p. 234-44.

(3) **Hesse**, *Ueber die Rechtsv. zw. Gründstücks-Nachbarn* I, §. 49. Egli in questo e nel prec. §. nota che appunto la duplice qualità di confinanti e di parenti impronta tutte le relazioni tra i medesimi ad uno spirito di mitezza e di equità che si rivela nelle antichissime istituzioni quali l' *a. f. regund.* ed *a. pluv. arc.*; sentimenti rimasti nella dottrina della vicinanza anche quando i confinanti non furono più legati da alcun legame di parentela.

(4) **Festus**, s. v. *iurgatio* e **Varro**, *De ling. lat.* VII, p. 93 (iurgio) prendono la parola in senso generico di litigio; ma essa fu ben compresa da **Cicero**, *De rep.* IV. 8, come un litigio speciale (*benevolorum concertatio*) e in tal senso era usata dalle XII tavole (VII, 5) per le liti tra i vicini.

(5) *Fin regund.*, *aq. pluv. arc.* e per molte altre cose agricole, l. 13, §. 1, 2 D. *de S. P. R.* (VIII, 3) l. 7 D. *fin. reg.* (X, 1).

(6) L. 2. §. 5. 6. D. *de aq. et aq. pluv.* (XXXIX, 3).

di fare qualunque lavoro entro i confini del medesimo anche se in tal guisa procura qualche danno al vicino: ma in ciò si dà importanza all' elemento psicologico e morale (1) nè si ammette l' emulazione invidiosa, l' egoismo che spinge l' uomo ad agire più per nuocere altrui che per giovare a se stesso. I quali criterii possono sembrare superflui in un Diritto compiuto, com' è il moderno (2); ma furono molle benefiche nella formazione del Diritto antico (3).

Che regole vi fossero allora circa le fonti e le acque non possiamo dirlo con precisione: tuttavia è lecito indurre che la fonte, il pozzo, il fiume furono uell' uso comune di tutti i pagani quantunque ciò potesse prendere un diverso aspetto secondo la maggiore o minore abbondanza di acqua nel pago. Le suddette norme equitative vengono ricordate nel Diritto classico appunto in materia di acque. Ed è certo che le primissime norme legislative coeve all' agricoltura (fatto di cui rimase una comune coscienza mitologica nelle divinità agricole tramandate come tesmoforiche) dovettero regolare pure l' uso dell' acqua. Abbiamo anche testimonianze storiche di antichissime e sapienti leggi agricole proprio intorno all' acqua (4). Le conduzioni che ciascun agricoltore fa dell' acqua appaiono a Platone derivate dalle *sorgenti comuni* (ἐκ τῶν κεινῶν ναμάτον) (5), e per quanto si possa credere a prima vista che egli usi questa frase mosso dal suo concetto fondamentale della comunione dei beni, si vede poi che egli esprime una verità storica indipendente dal suo sistema, trovandosi l' acqua nell' uso comune anche là ove esi-

(1) L. 1. §. 12. h. t.

(2) Concordo con **Scialoja** (Vitt.) *Enciclop. giur. ital.* s. v. Aemulatio, che questa dottrina fu esagerata dagl' interpreti.

(3) Li troviamo infatti anche fuori del Diritto romano. Il **Reinhard**, *Arch. für die civilist. Praxis*, XXX. p. 218 citando anche la testimonianza di Esiodo osserva che il rapporto di vicinanza fu considerato ab antico come mezzo di scambievole ausilio e appare regolato piuttosto dall' equità che dallo stretto diritto. Gli odierni studi sulla storia del diritto antico confermano ciò ricordando le *cognationes* o *propinquitates* degli agricoltori galli e germani, gli *skulldalid* e *frandalid* associazioni di amici scandinavi coltivanti la terra. **Laveleye**, *o. c.* p. 77 e 93. L' origine di tali sentimenti sta nella natura del gruppo primitivo che fu composto di parenti coltivatori del suolo comune a quello: perdurano tuttavia anche sorta la proprietà individuale e venuta meno la parentela.

(4) **Plato**, *Leg.* VIII, p. 415, v. 29 (ed. Didot) le ricorda (τῶν ὑδατον πέρι γεωργοῖσι παλαιοὶ καὶ καλοὶ νόμοι κείμενοι).

(5) L. c.

ste la proprietà individuale (1). Infatti il Dareste nelle sue buone ricerche intorno ai villaggi gallesi e romani osserva che una certa estensione di campi veniva ripartita tra le famiglie; ma generalmente i pascoli, le acque, i boschi restavano nell' uso indiviso (2). Questo fatto è generale e ci si ripresenta in quei villaggi medioevali sopra ricordati ed oggi pure in quei nuclei sociali che sono ai primi gradini della civiltà (3).

Mi sembra che anche in Frontino trovisi la reminiscenza di questi antichi tempi quando ogni acqua era di uso pubblico, quella pure che i privati conducevano (4). Si avverta però che parlando di uso dell' acqua per l' agricoltura nell' antichità classica conviene spogliarci di certi concetti troppo moderni secondo i quali l' industria dell' uomo raddoppia le forze della natura. La storia dello svolgimento economico dei popoli ci mostra tre gradini pei quali sono passati: produzione naturale, lavoro, capitale (5). Nei primissimi tempi cui alludevamo è la natura che quasi spontanea agisce somministrando il vitto ad una rara popolazione mediante le sue grandiose foreste, le sue praterie, le sue acque. Poi incomincia il lavoro umano. A questo secondo grado arrivò l' antichità classica con i suoi tentativi di razionale agricoltura: oggi le nostre forze sono veramente centuplicate dal capitale e ne abbiamo scoperto uno anche nell' acqua (6).

Pertanto l' ipotesi che pei laghi fa il De Ruggiero supponendo che dovettero essere di proprietà di quella gente nel cui *pagus* si trovarono e col venir meno del carattere politico di questa dovet-

(1) Anzi egli *l. c.* dichiara che non vi è bisogno di cambiare queste antiche leggi georgiche: riferisce dunque il diritto vigente.

(2) *Hist. de classes agricoles* (2.ª ed.) p. 14. Anche nel Codice di Manù IX. 219, dividendosi il patrimonio, il pozzo resta comune.

(3) **Aucoc**, *o. c.* p. 37. **Sumner-Maine**, *Etud. sur l' hist. des inst. prim.* p. 26 **Laveleye**, *o. c.* p. 77-78 et pas.

(4) « Apud antiquos omnis aqua in publicos usus erogabatur » *De aquaed. urb. Romae* I, p. 1655. E altrove: « cum ad usum publicum pertineret etiam » ea aqua quam privati ducebant » I, p. 1656 (**Graevii**, *Thes. antiq. rom.* IV secondo cui anche le seg. cit. di quest' op.).

(5) **Roscher**, *o. c.* p. 15-16.

(6) Una qualche importanza dell' acqua per scopi industriali trovasi pure nell' antico Diritto romano. V. ad es. la *lex collegii aquae* in **Bruns**, *Fontes* (4.ª ed.) p. 250-54.

tero esser dichiarati dello stato (1) mi sembra molto probabile ed io la estenderei volentieri ad ogni considerevole e perenne massa di acqua. Analizzando sottilmente il Diritto classico su questo punto si troverebbe forse che i motivi dell' incertezza nel distinguere le acque pubbliche dalle private sono storici piuttosto che giuridici (2).

Forte appoggio alle idee che andiamo esponendo recherebbe la cognita etimologia della parola *pagus* da πηγή (dor. παγά) secondo cui questa significherebbe una consociazione avente un fonte comune. Tale etimologia non sembra vera in filologia (3): nullameno contiene un elemento storicamente vero perchè le prime genti si determinarono a stabili sedi allettate da propizie condizioni topografiche. Inoltre quella etimologia è pregevole perchè antica (4) e mostra il ricordo della primitiva comunanza dell' acqua tra i pagani.

Oltre queste induzioni sull' antico villaggio romano, si può credere che i rapporti tra i confinanti per cagione dell' *aqua pluvia* fossero di già saggiamente regolati. Il Hesse ha notato che l' *actio aquae pluviae arcendae* comparisce nelle XII tavole non come nuovo Diritto, ma come già vigente (5). Egli la ritiene come una specifica e caratteristica azione tenacemente congiunta alle vedute agricole romane; infatti nella *lex Rubria* per la Gallia Cisalpina troviamo la *n. o. nunciatio* e la *cautio d. i.* ma non la sopra ricordata azione. Io direi piuttosto che l' *a. a. pl. arc.* assume un aspetto speciale nel Diritto romano; però essa rappresenta un con-

(1) *O. c.* p. 18.

(2) Cf. il criterio della *existimatio circumcolentium* nella l. 1. §. 1. D. *de flum.* (XLI, 12) per decidere se il fiume è privato o pubblico quasi che si dicesse di voler vedere se i primi pagani aveano creduto che fosse tal massa d' acqua da lasciarsi nell' uso indiviso di tutti.

(3) **Rudorff**, *o. c.* p. 239 connette la parola con *pax* e *pago* (antica forma per *paciscor* anche nelle XII tavole) scorgendovi il concetto di consociazione di villaggio. Migliore sembra l' etimologia (racchiudente un concetto topografico storicamente vero) da πάγος, colle, vetta (cf. Ἀρειόπαγος colle di Marte ad Atene) **Forcellini**, s. v. *pagus.*, **Alexandre**, *Dict. grec. franc.* s. v. πάγος. Invece il **Fick**, *Indogerm. Sprachen* II, p. 141 (3.ª ed.) deriva *pagus* da *pac-ere* come il **Rudorff**.

(4) **Festus**, s. v. *pagus.* **Servius**, *ad Georg.* II, v. 382.

(5) *O. c.* §. 49. Secondo **Voigt**, *o. c.* §. 146 l' *a. aq. pluv. arc.* già nel Diritto antico serviva a tutela del *heredium* e propriamente dell' *ager* destinato alla cultura eccetto il *fundus urbanus* e l' *hortus.*

cetto proprio anche del Diritto greco (1). Cosippure a proposito dell' *aqua pluvia* è osservabile una discrepanza tra il sentimento giuridico romano, o meglio italico, e quello di talune provincie (2).

Ma il *pagus* perdette ben presto la sua figura politicamente e topograficamente autonoma; costituiti più ampi nuclei sociali ed in tempi di più sicure testimonianze storiche troviamo tracciata sul suolo la *limitatio* che già conosciamo (3) quantunque non si possa asserire che ai prischi villaggi mancasse la limitazione secondo il rituale giuridico-religioso derivato dagli Etruschi o ve ne fosse altra di cui pur conservarono ricordo i Romani come di cosa forestiera (4). Ad ogni modo nel passaggio dalla costituzione gentilizia alla comunale, indi nel diffuso sistema coloniare, le condizioni del suolo si fecero diverse, l'associazione territoriale più vasta e più compatta. Che cosa avvenne allora delle buone qualità topografiche del *pagus*? Qual fu la condizione delle acque sfruttate dai diversi nuclei agricoli? Vediamo ogni nuova *limitatio* trarre profitto dalle qualità preesistenti nel suolo da assegnare, far coincidere le nuove vie con quelle già ivi tracciate (5) rispettare l'uso pubblico delle acque, non derogare giammai alle pubbliche utilità come erano soddisfatte prima della divisione. Igino così esprimesi:

« Illud verum observandum, quod semper auctores divisionum » sanxerunt uti quaecumque loca sacra, sepulchra, delubra *aquae* » *publicae atque venales*, *fontes*, *fossaeque publicae vicina-* » *lesque*, item si qua compascua, quamvis agri dividerentur, ex » omnibus eiusdem condicionis essent cuius ante fuissent (6) ».

Lo stesso ci dice Siculo Flacco (7). Di più le grandi e rile-

(1) **Plato**, *Leg.* VIII, p. 415 v. 44 enuncia precisamente l'identico principio contenuto nella l. 1. §. 13. D. *de aq. et aq. pluv. arc.*, ma vi comprende anche il danno all'edificio, mentre per Diritto romano (l. 1. §. 17. h. t.) l'*a. pluv. arc.* non era ammissibile in questo caso.

(2) « In Italia (aut quibusdam provinciis) non exigua est iniuria si in » alienum agrum aquam inmittas; in provincia autem Africa si transire non » patiaris ». **Frontinus**, p. 57. V. anche p. 36. Gli agrimensori sono sempre citati secondo la edizione del **Lachmann**, *Gromatici veteres* I, (testo).

(3) *Arch. giur.* XXV p. 326.

(4) **Rudorff**, *o. c.* p. 277.

(5) *Lex agraria de Italia* c. 29, *de Africa* c. 89, *lex Urson.* c. 78.

(6) P. 120.

(7) P. 157. Il concetto degli agrimensori è confermato esattamente dal disposto della *lex Urson.* c. 79 intorno alle acque.

vanti masse di acqua furono eccettuate per regola generale dalla assegnazione ai privati e rimasero come *loca excepta et subseciva* (1). Lo Zachariae von Lingenthal (2) per mezzo di una emendazione del citato testo giustamente rimproveratagli dall' Elvers (3) sostiene trattarsi in esso di vere servitù prediali imposte contemporaneamente all' assegnazione e ciò combina col sistema da lui abbracciato riguardo all' origine di queste (4). Però le questioni intorno alle servitù sfuggono in massima parte alla competenza agrimensoria e vi rimangono invece siffatte pubbliche utilità cui non si è voluto derogare. Quel passo significa soltanto che niente è stato sottratto alla pubblica utilità di ciò che prima a questa era riserbato. Ora sapendo che le norme della fondazione della colonia risalgono a quelle antichissime della vetusta assegnazione dei terreni (5), è da credere che anche per questa fosse seguito l' identico metodo.

È naturale che gli agrimensori tutti intenti alle ormai comuni suddivisioni di città, municipio, prefettura (6) non pensino al *pagus* già da secoli assorbito dal Comune, e che la colonizzazione romana sembri loro un rinnovellamento dei municipii esistenti od un passaggio dal vetusto diritto municipale al diritto della colonia (7). Tuttavia essi conservano un qualche ricordo dell' assorbimento dei *pagi* nei Comuni (8), fan cenno talora dei *magistri pagorum* e mostrano che spesso i *pagi* avevano conservato una distinta con-

(1) Questa è la regola pel fiume attraversante la colonia: tuttavia **Frontinus**, p. 51-52 accenna un' antica eccezione per la quale fiumi assai grandi (*et non mediocria*) furono compresi nell' assegnazione ai coloni come parte dei loro fondi; ma l' eccezione scomparve presto.

(2) *Ueb. die Untersch. Zw. serv. rust. und urb.* p. 18.

(3) *Die roem. Servitutenlehre* p. 4 nota *c*.

(4) *Arch. giur.* XXVII p. 258.

(5) **Frontinus**, p. 27-28; **Hyginus**, p. 166, 175; *Liber colon.* I, p. 225.

(6) **Siculus Flaccus**, p. 163.

(7) « Quom vetusta municipia in ius coloniae transferuntur ». **Hyginus**, p. 178 (cf. p. 177).

(8) « Sunt autem loca publica coloniarum ubi prius fuere *conciliabula* et » postea sunt in municipii ius relata ». **Frontinus**, p. 55. Il *conciliabulum* (v. **Niebhur**, *Vortr. über roem. Alterth.* p. 338) sorse per un aggregato di *pagi* e fu il luogo dove questi tennero i loro *concilia*. Nota come un luogo prima pubblico rimane tale anche dopo la limitazione nuova.

figurazione nella mappa topografica (1). A poco a poco l'uso dell'acqua nel villaggio fu regolato da apposite leggi. Una di queste sancita sull'iniziativa di Servio Sulpizio così esprimevasi:

« ..... *mon*] tani paganive si [*fis aquam dividunto*] donec » eam inter se [*diviserint praetori*] s iudicatio esto (2) ».

Nè mancarono privati che per loro liberalità dotarono il villaggio di acque *tubo ducendarum* (3). Forse la *lex pagana*, di cui sì poco sappiamo (4), dava norme generali circa la ripartizione dell'acqua nel *pagus*, riconosceva le antiche consuetudini secondo lo spirito del Diritto romano (5), regolava il contributo dei singoli pagani al mantenimento delle fonti, dei rivi, degli argini. Infatti consultando il materiale epigrafico troviamo i *pagi* fare per contributo lavori d'interesse comune, avere in qualche luogo proprie magistrature incaricate della sorveglianza degli argini e della distribuzione delle acque (6).

Uno sguardo generale alle condizioni topografiche descritte dagli agrimensori ci mostra una sana economia per quanto rudimentale ed una buona agricoltura. Anche essi notano che dove mancò l'acqua non si vollero fissare sedi stabili e convenne invece trarre partito in altro modo dalle terre ivi esistenti se mai erano fruttifere (7); ci dipingono pianure ubertose intersecate da fiumicelli (8) ed in genere una certa abbondanza di acqua in Italia: cosa che, a differenza di altre regioni aridissime, fa sorgere tante dispute intorno all'allontanamento dell'*aqua pluvia* (9).

(1) « Sed et pagi saepe significanter finiuntur ». **Siculus**, p. 155.

(2) **Bruns**, *Font.* p. 44. **Rudorff**, *Roem. Rechtsg.* I, p. 215 attribuisce questa l. a Servio Sulpizio giur. e cons. a. 703. Nell'antica terminologia sino ad Augusto *montani* erano gli abitanti della città (forse per l'antica condizione topografica) *pagani* quelli fuori di questa. **Mommsen**, *Die roem. Tribus* p. 212.

(3) **Orellii**, n. 199.

(4) **Plinius**, *Hist. nat.* XXVIII, 2.

(5) L. 3. C. *quae sit longa cons.* (VIII, 53) l. 35 D. *de leg.* (I, 3).

(6) Per la vitalità dei *pagi* della soggiogata Campania v. *Corpus inscript. lat. cons. acad. Borus. edit.* I p. 159 seg. Tracce di tenace resistenza dei villaggi con apposite magistrature vedonsi in Egitto secondo il tit. *de patrociniis vicorum Cod. Theod.* (XI, 24). Tra quelle magistrature sono pure i *logographi chomatum* sorveglianti gli argini e la distribuzione delle acque del Nilo.

(7) **Frontinus**, p. 48; **Agennius**, p. 79.

(8) *L. c.* Anche **Strabo**, *Geogr.* V. 1. 4. 12 accenna all'abbondanza dell'acqua e mostra in Italia un'agricoltura fiorente (V. 3. 1).

(9) V. sopra p. 10 nota 2.

Oltre queste naturali qualità ci appare un sistema di fossati e di rivi convenientissimo ad una agricoltura per propria indole non soverchiamente irrigua e dovuto alla mano dell'uomo. Il *flumen*, il *rivus*, i *divergia aquae* si trovano considerati e utilizzati con cura (1): anzi vi sono regole speciali per far sì che la colonia sia fornita di acque (2). I campi sono circondati da fosse finali e ciò è confermato dalle leggi coloniche (3). Gli agrimensori pongono regole per riconoscere *utrum* (fossae) *propriae an finales sint* (4) allo scopo di valutarle per i confini e di distinguerle dalle *fossae agrorum siccandorum causa* (5) e in genere da quelle che il coltivatore fa sul suo (6).

Ora mentre le prime costituiscono il confine giovano pure a stabilire un piccolo corso d'acqua di cui i coloni possono profittare e sono comuni (*finales communesque esse videbuntur* (7).

Dobbiamo aggiungere qualche parola in proposito perchè talora trattavasi di un più rilevante corso di acqua. Le *formae* del terreno romano erano piene di rivi (8); nella leggenda s'indicava persino se il rivo era perenne o rimaneva asciutto in taluni mesi (9). Non tutti questi rivi rappresentavano servitù attive o passive (10) od opere fatte *iure dominii*. La posizione topografica di molti fra

(1) **Hyginus**, p. 114.

(2) **Hyginus**, p. 180.

(3) « Fossis manu factis ». **Hyginus**, p. 115. Per le *leges colonicae* v. sotto, §. 4.

(4) **Siculus**, p. 147; **Hyginus**, p. 128.

(5) *L. c.* Cf. l. 1. §. 4. D. *de aq. et aq. pluv.*

(6) « Quidam in extremis finibus in solo suo faciunt fossas et ex supe- » rioribus vicinisque agris defluentes aquas excipiunt ne inferiores terrae labo- » rent ». **Siculus**, p. 148. Era permesso nei limiti della l. 1. §. 2. D. *de aq. et aq. pluv.* e secondo il principio generale scritto nella cit. l. §. 11.

(7) **Siculus**, p. 145. Cf. l. 2. §. 2. D. *de aq. et aq. pluv.*

(8) *Casae litterarum* (Lach. I) p. 310-338. Anche i *Libri coloniarum* parlano soventi di rivi ma sono principalmente rivi finali della colonia. V. *Liber Colon.* I. p. 227; II. p. 255 e in vari luoghi. I rivi servivano proprio all'irrigazione: « rivi dicti quod deriventur ad irrigandum » **Isidorus**, *Orig.* XIII. 21.

(9) « Tria rivora.... de ipsis unum Augustatico mense aquam haben- » tem etc. » *Casae litt.* p. 332.

(10) È certo che il *rivus* in molti casi è l'attuazione pratica della servitù: l. 9. D. *de serv.* (VIII. 1), l. 16. D. *quem. serv. am.* (VIII. 6).

i medesimi era al confine (1): talora il rivo tagliava questo in più luoghi (2). In tal caso erano comuni al pari delle ordinarie fosse di confine (3). Ognun vede quanta comodità recavano ai fondi poichè rivi siffatti potevano venir artificialmente alimentati da varie fosse (4), da *aquae superficientes* (5) e *caducae* (6) da sorgenti montane (7) da acqua pubblica concessa secondo le ordinarie regole di cui nel §. 4 o nel saggio modo del quale resta un esempio nell' antico emissario del lago d' Albano (8). Per il principio professato dagli *auctores divisionum* poteva darsi benissimo che questi rivi fossero già esistenti prima della nuova *limitatio* ed avessero costituito altrettante *fossae publicae vicinalesque*. Nè sarebbe strano trovarvi qualche traccia della operosità del *pagus*. In una iscrizione del tempo d'Augusto i pagani sono appellati in modo da farli apparire comunisti di un rivo a proposito del quale dovette sorgere una controversia fra essi e Valeria Faventina (9).

Questa idea che in fatto di fosse e di rivi si nascondono soventi delle opere iniziate da antichi coloni, ed anche coll' intervento della pubblica autorità coincide con quella premura degli agrimensori (molto valutabile perchè risponde ad un eguale concetto dei giuristi classici) di trattenere il loro allievo dal prendere troppo dogmaticamente le regole scientifiche in materia di fosse e di rivi dovendo invece esse regole integrarsi sempre nel dubbio con le vetuste consuetudini, cogli usi locali etc. A proposito di fosse le frasi: « *quaedam ex consuetudine regionum, quaedam ex natura loci* » *colligi possunt — secundum regionum consuetudinem* » stanno sempre in bocca agli agrimensori (10).

(1) « .... fossatum qui rivus interpretatur: fines per ipsum constituimus » exsolute » — « ab ipso limite rivus currit ». *Casae litt.* p. 335.

(2) « Ipsum rivum limes transit et retransit ». *Casae litt.* p. 335.

(3) L. 6. D. *fin. regund.* (X. 1).

(4) **Hyginus**, p. 128.

(5) L. 1. §. 11. D. *de aq. et aq. pluv.*

(6) Per queste v. sotto §. 4.

(7) **Hyginus**, p. 180.

(8) **Canina**, *Gli edifizi di Roma antica*, V. p. 55-57.

(9) *Corpus inscript. lat.* II. 4125. La controversia è *inter compaganos rivi Larensis et Valeriam Faventinam*. Nè è giudice in provincia il legato d' Augusto propretore; il contenuto della sentenza non esiste più. Vi appare però la parola *inspectio* che accenna forse a competenza agrimensoria.

(10) **Siculus**, p. 149.

È da credere che questo riguardo derivi dalla circostanza che le qualità topografiche saggiamente sfruttate dai primi agricoltori, dagli stessi antichi pagani, per quanto modificate dalle nuove divisioni presentano tuttora una qualche utilità non disprezzabile, a cui i nuovi coloni di generazione in generazione acquistano un diritto fatto sacro dal tempo. Appunto a proposito di fosse artificiali (*fossae manu factae*), Igino (1) si riferisce all' opera degli antichi e solerti agricoltori (*quae.... sollers procuravit antiquitas*). Altrove si espone il concetto che bisogna vedere come ab antico un luogo è stato posseduto e se tuttora della primitiva condizione di cose rimangono vestigi. Ecco l' importante insegnamento: « Nam » de aequalitatibus, antiquitatibus, possessionibus, territoriis, termi- » nibus, signis et his similibus, considerandum est ab origine quem » admodum tenuerint (coeperint): deinde *aliquid usque ad no- » stram aetatem descenderit aut permaneat* (2) ».

L' applicazione di tutta questa dottrina agrimensoria riguardante i fossi, i rivi, i fiumi ecc. è più vasta di quello che sembri a prima vista dacchè l' *ius colonicum* cui è strettamente connessa e le *leges colonicae* che ne sono base non furon limitati alle colonie fondate dai Romani: molti municipii che avrebbero potuto reggere se medesimi e le cose loro con leggi proprie preferirono con meraviglia degli imperatori stessi (3), di abbandonare il loro *ius municipale* per l' *ius colonicum*.

§. 3. Volgiamoci adesso al Diritto. Sul suolo romano i primi pagi, i *municipia*, indi le assegnazioni coloniarie, poi la libera possidenza (4) avevano successivamente impresso orme di loro attività a scopo agricolo: spessissimo l' opera della generazione presente si rannodava a quella delle passate. Lo vedemmo espressamente detto dagli agrimensori. Il Diritto che sebbene assumesse forma scientifica non vagò mai dissociato dalle condizioni reali della civiltà romana doveva riprodurre nell' aspetto giuridico quella mas-

(1) P. 115.

(2) *Agror. quae sit insp.* (Lach.) p. 283.

(3) **Gellius**, *Noct. Att.* XVI. 13. Così gli Uticesi; invece i Prenestini da colonia si trasformano a caro prezzo in municipio. — Per la estensione topografica delle regole agrimensorie v. i *Libri Coloniarum* (Lach. I. p. 209-262).

(4) *Arch. giur.* XXVII p. 175-86.

sima della vita pratica (1) e degli agrimensori. Indi la tanto discussa dottrina della *vetustas*. La quale è stata fraintesa da molti sia perchè si è voluto identificarla o combinarla per lo meno con la dottrina della usucapione mentre presenta elementi assai diversi (2), sia perchè si è isolata dalle vere condizioni pratiche in mezzo a cui sorse e si mantenne. Al quale secondo inconveniente spero che le stesse ricerche del §. precedente opporranno un rimedio se il lettore si persuaderà che le prudenti riserve degli agrimensori erano molte giuste perchè attraverso le trasformazioni sociali e politiche rimanevano sul suolo romano fossati, rivi e ripari alle fiumane esistenti da tempo antichissimo senza che si potesse sempre assegnare a loro una precisa origine sebbene di generazione in generazione si fosse saputo che servivano ad un dato nucleo di vicini o fosse anche rimasta una vaga memoria che trattavasi di opere fatte dalla pubblica autorità (3).

In tre argomenti ha efficacia la *vetustas:*

1° per i sentieri vicinali che essa equipara alle pubbliche vie (4);

2° per le opere di difesa contro taluni fiumi e contro l' acqua piovana che essa fa considerare come eseguite dalla pubblica autorità;

3° per le conduzioni di acqua pubblica che essa pareggia alle autorizzate da apposite magistrature e probabilmente per quelle di acque vicinali che vengono protette così con un' *utilis actio* e con gl' interdetti.

Il terzo caso veramente c' interessa: tuttavia non si può assolutamente asserire come fa il Savigny (5) che si parli soltanto di difesa contro l'acqua piovana e mai di vantaggio che essa può arrecare.

Paolo fa un tentativo sistematico di annoverare le cause per le

(1) Massima facente parte della coscienza giuridica romana, scritta in molte leggi e solennemente riassunta nelle parole: « Venientium est temporum disci- » plina instare veteribus institutis » l. 1 *C. Theod. de longa cons.*

(2) **Unterholzner**, *Ausführl. Entwick. der ges. Verjährungsl.* I §. 140-42; **Savigny**, *System* IV p. 196-97.

(3) L. 2. §. 8. D. *de aq. et aq. pluv.* l. 28, D. *de probat.* (XXII. 3).

(4) L. 3 pr. D. *de loc. et itin.* (XLIII. 7).

(5) *O. c.* §. 196 nota f.

quali un fondo inferiore presta un servigio *(servit* (1) in senso non tecnico) al superiore, cioè: *lex, natura loci, vetustas quae semper pro lege habetur* (2). Infatti vi sono fossati che egli fa rimontare a coloro *qui primi agros constituerunt* (3) e noi sappiamo che cosa sono. Ora insegnando che l'*actio aquae pluviae arcendae* è inammissibile per le opere *aquae mittendae causa publica auctoritate facta* soggiunge che nella stessa condizione *(in eademque causa)* sono quelle *quorum memoriam vetustas excedit* (4). Chi può dire infatti se anche queste risalgono agli ordinamenti della pubblica autorità? Sebbene tali frammenti appartengano ad un titolo che ha per obietto precipuo l'allontanamento dell'acqua piovana, tuttavia sembra arbitrario l'escludere del tutto la considerazione che le dette fosse rechino il vantaggio pur anco di somministrare acqua. Ciò tanto più pensando come l'acqua piovana fosse un pregiato capitale nell'agricoltura romana (V. §. 5). La frase *opera aquiae mittendae causa* si presta anche al concetto di opere per somministrare acqua. D'altra parte il vantaggio dell'acqua piovana è direttamente preso in considerazione a proposito di talune controversie tra i giureconsulti (5).

E sino a qui siamo di fronte a rapporti di vicinanza che vengono configurati dalla vetustà in un modo autorevole come se vi fosse la *lex agris dicta.* Una diretta conferma di ciò trovasi nel frammento di Ulpiano allusivo ad una dottrina esposta da Labeone:

« Denique ait (Labeo) conditionibus agrorum quasdam leges esse dictas: ut quibus agris magna sint flumina, liceat mihi scilicet in agro tuo aggeres vel fossas habere: si tamen lex non sit agro dicta, agri naturam esse servandam.... si tamen lex agri (6) non

(1) **Hesse**, *o. c.* I p. 186.

(2) L. 2 pr. D. *de aq. et aq. pluv.*

(3) L. 23 pr. D. h. t.

(4) L. 2 §. 3 D. h. t.

(5) « Ita per contrarium quaeritur an possit aquae pluviae arcendae agi » si vicinus opus fecerit ne aqua, quae alioquin decurrens agro meo proderat, » huic prosit » l. 1 §. 21 D. h. t.

(6) L'antica dottrina che rimonta alla Glossa vedeva in questa *lex* il contratto; dal Cujacio in poi mediante i progrediti studi sugli agrimensori non vi è dubbio che trattasi della vera *lex agris dicta*, anche perchè l'uso di *lex* nelle nostre fonti non risponde al concetto di contratto, ma piuttosto di *pactum adiectum.*

inveniatur, vetustatem vicem legis obtinere: sane *enim et in servitutibus hoc idem sequimur* ut ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute, neque vi, neque precario, neque clam habuisse longa consuetudine vel ex iure impositam servitutem videatur. Non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro muniemus: eritque ista *quasi servitus:* in quam rem utilem actionem habemus vel interdictum » (1).

Qui pure lo scopo predominante è quello della difesa contro il fiume; onde un diritto di andare entro i confini dell' altrui fondo per farvi ripari in nostro vantaggio. Ma il giureconsulto dice *aggeres vel fossas habere* e nulla osta a credere che dalle fosse si ottenga anco il vantaggio dell' acqua: queste giovano a tale scopo mentre insieme procurano uno scaricamento del fiume (2). Tale §. è collegato in qualche modo ai precedenti della stessa legge ove si considera tanto il vantaggio quanto il danno che risente il vicino per l' allontanamento dell' acqua. Anche qui si tratta di rapporti di vicinanza dove la vetustà tiene talora le veci della legge. Che siano rapporti di vicinanza e non servitù si vede dall' antitesi (altrimenti inconcepibile): *sane enim et in servitutibus* etc. (3). Inoltre Ulpiano parla di quasi-servitù e non di servitù (4). Sono insomma i germi di quella vicinanza in materia di acque che doveva essere così dettagliata nel Diritto moderno.

(1) L. 1 §. 23 D. *de aq. et aq. pluv. arc.*

(2) Anche **Schneider**, *Zeitschr. fur Civilr. und Proc.* V p. 331 osserva in proposito: « Secondo queste *leges agr.* era quindi permesso, come Ulpiano » racconta, di avere nell' altrui fondo delle fosse per condurre l' acqua in esse » mediante argini, semprechè i fiumi fossero stati troppo grandi rispetto al » campi ». Sebbene il **Voigt**, *Ueber Bestand* p. 11 creda che *fossa* indicasse tecnicamente lo scarico, *rivus* la conduzione dell'acqua, mi sembra che le *fossae* di Ulpiano non possano recisamente limitarsi allo scarico, perchè **Festus**, s. v. *rivus* nel concetto generale di rivo comprende anche la fossa *(sive super terram fossa).*

(3) Lo nota anche **Unterholzner**, I p. 511.

(4) **Ruggieri**, *Sugli uff. degli agrim. e arch. spec. rapp. alle serv. pred.* (nel per. *Studi e doc. di storia e dir.* III) p. 21-30 crede che Ulpiano usi la espressione *quasi servitus* per indicare un tipo nuovo di servitù non ancora enumerato nella lista fattane dai giuristi. Ciò combina col sistema dell' A. (vedi sotto §. 6). Mi sembra però che qui si tratti di una pura regola della vicinanza indipendente dal patto. Il Diritto romano non ha creato *servitù legali* nel senso odierno.

La tesi che sarebbe così semplice si complica dacchè in altri frammenti la vetustà rende intangibili talune conduzioni di acqua costituendo un titolo per diritti assai differenti da un puro rapporto di vicinanza. Il principio generale è espresso da Pomponio:

« Ductus aquae cuius origo memoriam excessit iure constituti loco habetur (1) ».

Le applicazioni non mancano. V. ad es.:

L. 26 D. *de aq. et aq. pluv. arc. act.*

L. 7 C. *de serv.* (III. 49)

L. 4 C. *de aquaed.* (XI. 42).

In tutti questi frammenti si parla di tutela di conduzioni di acqua *quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi ius non probaretur*, di *ius aquae ex vetere more*, di *usum aquae veterem longoque dominio constitutum*. Onde fino dai tempi della Glossa si è sempre discusso circa al modo di combinare questi frammenti con la usucapione della servitù o per lo meno con il *diuturnus usus* e la *longa quasi possessio* delle medesime di cui fa cenno lo stesso Ulpiano (2). Questa ricerca è perfettamente estranea al mio scopo. Dirò solo che le migliori ipotesi sono due. Una è dell' Unterholzner il quale dopo maturo esame rifiutò una precedente sua opinione intorno alla *vetustas* e ritenne questa regolare i rapporti giuridici di vicinanza in materia di acqua (3). L' altra rimonta alla Glossa (4), al Cujacio (5), al Donello (6), e scorge nei citati frammenti delle conduzioni di acqua pubblica protette per

(1) L. 3 §. 4 D. *de aq. quot. et aest* (XLIII. 20).

(2) L. 10 pr. D. *si serv. vind.* (VIII. 5).

(3) Nel suo scritto *Verjähr. durch fortges. Besitz* §. 45 sotto l' idea che la *vetustas* avesse efficacia anche in materia di servitù esprimeva l' ipotesi che questa si riferisse agli *agri limitati* mentre la usucapione con *longum tempus* avrebbe avuto efficacia per terreni non *limitati*. Ma è una semplice ipotesi senza base come egli stesso confessa *Ausführl. Entwick.* I §. 141 abbracciando l'idea che la *vetustas* ha efficacia soltanto per rapporti giuridici di vicinanza in materia di acqua. Però, come vedemmo, è valida anche per i sentieri. Meno soddisfacente è la sua dottrina quando vuole collegare anche le antiche conduzioni di acqua col concetto dell' *aqua pluvia*.

(4) Ad l. 10 D. *si serv. vind.* (forte tot etc.). Ad l. 2 C. *de serv.* (quaesisti etc.).

(5) *Opp.* VII p. 632. Cf. però V p. 1065.

(6) *Comm.* ad l. 7 C. *de serv.*

vetustà che supplisce la concessione. Di tale avviso è pure il Savigny (1).

Senza la pretesa di esprimere alcun mio giudizio riguardo alla usucapione delle servitù, detta dal compianto Stintzing, misteriosa (2), ricorderò come un' opinione assai autorevolmente sostenuta non vedesse nella *longa possessio* o *longa consuetudo* di cui si fa cenno in materia di servitù altro che un diritto consuetudinario, una *consuetudo inter partes, inter vicinos* la quale regolava i rapporti di vicinanza (3). Contro questa idea obiettava l' Unterholzner che trattandosi di un diritto consuetudinario sarebbe stato inutile cercare il requisito del tempo (4).

Qualche cosa di simile però mi sembra ragionevole sostenere in proposito della *vetustas* che nei frammenti ricorre non in materia di servitù, ma in rapporti di vicinanza necessaria e in conduzioni di acqua pubblica. L' Unterholzner (5) passando in rassegna le regole della vicinanza indipendente dalla servitù dice che esse scaturiscono dalla *natura loci*, dalla *lex agris dicta*, dalla *vetustas*. Egli però trova due termini quasi del tutto estranei la *lex agri* e la *vetustas*. Invece più ragionevolmente il Savigny che in via generale aveva osservato proteggere la vetustà taluni diritti i quali scaturiscono « aus einer publicistischen Einwirkung auf das Privatrecht (6) » soggiunge poi con molta esattezza: « La *vetustas* è » semplicemente un surrogato della *lex* ovvero *publica auctoritas* » a questa equiparata in validità quando la medesima sia caduta » in dimenticanza *o forse anche non era mai esistita* (7) ». Io

(1) *System* IV §. 197. Si noti però che la induzione dalla frase *procurator noster* della l. 7 C. *de serv.* per riferire la dottrina ad acque pubbliche non è poi tanto certa perchè, come osserva il **Hesse**, *Iahrb. fur die Dogmatik* VII p. 245, quel magistrato talora ebbe giurisdizione in cose private (l. 23 §. 1 D. *de appel.* (XLIX. 1) l. 4 C. *ad leg. Fab* (IX. 20).

(2) *Das Wesen der bona fides* p. 6.

(3) All' **Unterholzner** fu obiettata dagli *Heidelberg. Iahrb.* (1817) n.° 36; ma si ritrova anche in **Schweppe**, *Das roem. Privatr.* §. 305.

(4) *O. c.* II §. 200.

(5) *O. c.* I §. 142.

(6) *O. c.* IV §. 195.

(7) *O. c.* §. 196. Questa idea è molto bene sostenuta da **Schmidt**, *Abhandl.* p. 174 seg., il quale crede che ogni stato di fatto quando gli competeva l' epiteto di *vetustas* dovesse esser considerato come *sorto in virtù di legge* e protetto almeno con un' azione personale. Un' idea consimile è in **Wan Wetter**, *Cours de Dr. rom.* I §. 143 sebbene egli si riferisca a vere servitù.

trovo molto giusto questo collegamento della *lex* con la *vetustas* perchè sono i giureconsulti stessi che lo fanno.

Ulpiano dice:

« Si tamen lex agri non inveniatur, vetustam *vicem legis* tenere (1) ».

Paolo a sua volta:

« .... vetustas quae semper *pro lege* habetur (2) ».

Anche la frase finale del Savigny: *o forse* (la lex agri) *non era mai esistita* (senza che io voglia farmi scudo del suo nome per le mie asserzioni perchè non so precisamente se questo era il suo vero pensiero) racchiude un profondo concetto. Paolo istesso adducendo anche per la vetustà la ragione che consiglia a proteggere l'usucapione *pro bono pacis* (3) lascia trasparire che insomma non si fa un' esatta ricerca di una *lex agri* irreperibile di cui la *vetustas* sarebbe il surrogato.

Ora è appunto in questo caso che la *vetustas* può rappresentare un diritto consuetudinario che senza leggi scritte rimonta alle *publicae utilitates* come erano soddisfatte prima, durante e dopo le limitazioni. Si ricordi la famosa regola che si può dire la sintesi della istoria del diritto romano: « Sed et ea quae longa consuetu- » dine comprobata sunt, ac per annos plurimos observata, velut » tacita civum conventio, non minus quam ea, quae scripta sunt » iura, servantur (4) ». La consuetudine *antiquitus probata et tenaciter servata* supplisce la legge e si usa perciò la stessa frase sopra veduta a proposito della vetustà: *legis vicem obtinere* (5). Il *Praeses provinciae* doveva in tali casi regolarsi secondo le norme *quae in oppido frequenter in eodem controversiarum genere servata sunt* (6).

Si pensi alle tante vicende cui era stato soggetto il suolo romano: dall'assorbimento dei pagi nei Comuni, alle assegnazioni primitive, al sistema coloniare, al costituirsi della proprietà sciolta dalle antiche *formae agrorum* abbiamo una serie di continue tra-

(1) L. 1 §. 23 D. *de aq. et aq. pluv.*
(2) L. 2 pr. D. h. t.
(3) L. 2 pr. c.
(4) L. 35 D. *de legib.* (I. 3).
(5) L. 3 C. *quae sit long. cons.* (VIII. 53).
(6) L. 1 C. h. t.

sformazioni topografiche che, come dicemmo, soventi si rannodavano in taluni aspetti agricoli. Trovare la *lex agri* primitiva era soventi impossibile; forse non aveva neppure esistito per taluni punti secondari rilasciati alla consuetudine. Anche la testimonianza degli agrimensori che i primi *auctores divisionum* rispettarono lo stato di fatto a proposito delle *publicae utilitates* non autorizza per ciò solo a credere che la *lex agri* abbia riprodotto delle singole norme in proposito potendo benissimo avere usato una formola generale (1).

L'obietto che Unterholzner muoveva contro la idea del diritto consuetudinario nell' acquisto di servitù, non è egualmente efficace contro la *vetustas* perchè il requisito del tempo in un certo e preciso numero di anni fu con qualche divergenza fissato solo dalla pratica nelle sue estensioni del concetto della vetustà. Ma riguardo ai rapporti di vicinanza non danno le nostre fonti un preciso criterio sul tempo e dicono sempre: *nec memoriam extare* oppure *quorum memoriam vetustas excedit* (2). Ed a quello che sembra insegnare Labeone (3) il giudice doveva piuttosto ricercare se intorno all'origine delle fosse o degli argini in questione si sapesse qualche cosa a memoria d' uomo oppure non risultasse altro che tutti avevano sempre veduto le cose in quel modo. Del resto appunto per la loro incertezza questi criterii erano soggetto di disputa tra i giuristi romani desiderosi di dare un significato pratico alla domanda *an operis facti memoria extet* (4).

(1) Ad es.: *ejus hac lege nihilum rogator* come nella *lex Quinctia de aq.* e nelle altre di cui parleremo nel paragrafo seguente. Così intendo anche la frase della *lex Urson.* c. 79: « Itemque iis qui eum agrum habent, possident, » habebunt, possidebunt, itineris aquarum lex iusque esto ». Pare che il **Voigt,** *Die XII Taf.* II p. 352 nota 14 intenda questa clausola come inserita per dichiarare che le servitù nello stesso capitolo nominate dalla *lex (itus, actus, aquae haustus)* continuano a sussistere pei futuri possessori. Ma io crederei che piuttosto questo c. 79 della *lex Urson.* stabilisca che rimangono nell' uso comune dei colonisti i *fluvi, rivi, fontes, lacus, aquae, stagna*, etc. come già vi si trovavano prima della *limitatio* e come nel cap. 78 ciò viene stabilito per le vie.

(2) L. 2 §. 1, 3, 4, 5, 7 D. *de aq. et aq. pluv. arc.*

(3) L. 2 §. 8 D. h. t.

(4) L. 28 D. *de probat.*

Gli stessi criterii saranno stati seguiti anche dalle magistrature che tutelavano le antiche conduzioni di acqua pubblica.

Riassumendo, la vetustà ha una grande importanza per il soddisfacimento dei bisogni agricoli nella vicinanza indipendente dalla servitù, rappresenta la consuetudine del villaggio, è un surrogato della *lex agri:*

a) per opere di difesa contro i fiumi (1);

b) per fosse di scolo (2);

c) per conduzioni di acqua (3). Anche queste possono avere la loro origine nelle assegnazioni e lo vedemmo sopra (4). Nel caso delle fosse artificiali fatte nell' interesse dei coloni se rappresentano derivazioni da un fiume pubblico, sono pubbliche al pari di questo (5). Se immaginiamo cancellata la divisione topografica coloniaria come infatti avvenne (6), rimarrà un canale di acqua pubblica serviente ad un dato nucleo agricolo. A questo concetto si prestano le parole: « ius aquae ex vetere more atque observatione » *per certa loca profluentis* utilitatem *certis fundis* irrigandi » causa exhibere (7) ».

Oltre a ciò può benissimo darsi che su talune acque prima private o vicinali e divenute poi pubbliche sieno rimaste in vigore le derivazioni dei *circumcolentium* (8). Più tardi essi non avevano da vantare che la vetustà in loro favore. Infine se facciamo il caso possibile che nel passaggio dall'uso libero dell'acqua dei fiumi (9) alla rigorosa legislazione delle concessioni imperiali (V. paragrafo seg.) sieno rimaste sussistenti talune conduzioni di acqua dei vicini sfug-

(1) L. 1 §. 23 D. *de aq. et aq. pluv. arc.*

(2) L. 2 §. D. h. t.

(3) V. le l. sopra cit.

(4) P. 18.

(5) L. 1 §. 8 D. *de flum.* (XLIII. 12).

(6) *Arch. giur.* XXVII p. 175 seg.

(7) L. 7 C. *de serv.*

(8) Al caso di acque private poi divenute pubbliche, indi nuovamente usurpate in parte o in tutto dai privati accenna anche la l. 9 C. *de aquaed.* (XI. 42). Si veda anche ciò che **Frontinus**, *De aquaed. urb. Romae* l p. 1638-39 racconta circa l'incertezza nella condizione giuridica dell'*aqua Crabra* che i magistrati *aquarii* rivendicavano come pubblica, ma venne poi intieramente rilasciata ai fondi tuscolani.

(9) V. sotto, §. 4.

gite all'occhio dei magistrati, esse, col decorso del tempo, avranno potuto un giorno invocare l'ausilio della vetustà (1).

§. 4. Seguitando a ricostruire l'ambiente del Diritto classico in cui sorse e si svolse la *servitus aquaeductus* dobbiamo far cenno delle concessioni di acqua pubblica.

Una delle glorie degli antichi reggitori di Roma secondo Strabone (2) era quella di averla dotata in larga copia di acqua scorrente a fiumi dentro la città e capace di nettare ogni immondizia senza trascurare per questo le utilità dei privati, essendovi presso ogni casa *cisterne, tubi e conduzioni copiose.* Ma noi non dobbiamo occuparci di queste utilità urbane, sivvero delle concessioni di acqua pubblica per iscopi agricoli.

Sin dai tempi più remoti vi furono disposizioni in proposito (3). Tale parte della legislazione si può ricostruire mediante l'opera di Frontino *De aquaed. urbis Romae* scritta sotto Nerva (4) ma con molti accenni all' antichità, mediante le leggi coloniche, qualche frammento conservato nel Digesto e talune costituzioni degli imperatori.

Qui sul principio ci si affaccia il dubbio se nelle derivazioni di acqua pubblica i Romani conobbero tutta quanta la importanza della medesima a scopo d'irrigazione dei campi. Un competentissimo espositore della dottrina delle acque (5) ha espresso l'opinione che la cultura irrigua fosse nota ai Romani solo per gli orti e qualche poco pei prati. Non contesto che negli *scriptores rei rusticae* appaiono a preferenza culture d'asciutto: anzi aggiungo che agrimensori e giuristi danno grande importanza ad allontanare l' acqua piuttosto che a trattenerla, non perchè non se ne apprezzasse il valore agricolo, ma perchè il terreno almeno in Italia non ne abbi-

(1) Infatti dal momento che l' autorità non se ne occupava o le tollerava per vetustà, neppure nelle contestazioni private (ad es. nelle famose questioni *inter rivales)* vi era bisogno di dar prova del titolo per valersi degli inderdetti p. es. per quello *de rivis.* Cf. **Ruggieri**, *Il possesso* II §. 768,

(2) *Geograph.* V. 3. 8. Cf. **Plinius,** *Hist. nat.* XXXVI. 24.

(3) Anche **Cicero,** *De off.* II. 2 enumerando con filosofica soddisfazione le utilità raggiunte mediante il lavoro collettivo dell' umano consorzio parla di *derivationes fluminum, agrorum irrigationes.* Egli pure pagava un *vectigal* per l' uso delle acque nei suoi fondi tusculani. *Orat. contra Rullum* III. c. 2.

(4) *Arch. giur.* XXV p. 371 nota 1.

(5) **Gianzana** *Le acque nel Dir. civ. ital.* I. 1 p. 160 nota 1.

sognava così come in talune provincie (1). Tuttavia i Romani si servirono dell' acqua anco per le seminagioni. Vi sono anzitutto le testimonianze classiche (2) e l' irrigazione dell' *ager* appare anche negli scrittori di cose rustiche (3). È vero però che il capitale dell'irrigazione era principalmente ravvisato nell'*aqua pluvia* (V. paragrafo seg.) ed è notevole che nell'antico Diritto decemvirale come osserva il Voigt (4) l'*a. a. pluv. arc.* si riferisce proprio all' *ager* e non al *hortus*. Anche oggi in Italia non si può certo dire che dovunque le terre sieno benedette dall'acqua irrigua come in Lombardia; in molte provincie il colono lascia che la natura provveda da sè medesima (5). Ciò anche per la diversità delle colture.

In tesi generale non si può negare, mi sembra, che i Romani irrigassero, oltre i prati e gli orti, i terreni seminativi sebbene in parca misura. Frontino distingue in un punto l'acqua concessa per gli orti e quella concessa per gli altri privati usi della irrigazione (6). Non si può restringere ai soli prati il concetto di questi privati usi dagli orti infuori, perchè anche Ulpiano (7) distingue l' irrigazione del campo *(arvum)* da quella del prato *(pratum)*. Le Pandette parlano dettagliatamente d' irrigazione dei terreni (8) e si sa perfino che in Asia taluni irrigavano i campi con acqua calda: onde vi fu il dubbio se questa pure fosse contemplata nell'editto del pre-

(1) V. sopra, p. 10 nota 2.

(2) Oltre il notissimo verso virgiliano relativo ai prati *(Aegl.* III v. 111) il poeta descrive *(Georg.* I v. 106 seg.) le pratiche d'irrigazione per i terreni seminati, l'acqua raccolta dalle palude e diretta su terreni aridi etc.

(3) V. sotto, §. 5. Si può dire che l' irrigazione dell' *ager* senza distinzione fosse una delle cure precipue dei Romani ricordata loro autorevolmente anche dalla religione. L'oracolo aveva posto per condizione del conquisto di Veio lo scavamento di un emissario del lago d' Albano a scopi agricoli *(aquam albanam emissam per agros rigabis)* **Livius,** V. 16. Lo scopo era proprio l'*utilitas agrorum*. V. **Cicero,** *De divinat.* II c. 32.

(4) *Die XII Taf.* §. 146.

(5) Gli antichi agricoltori italiani si sapevano valere anche delle terre ad intervalli allagate e scoperte come accadeva nelle piene e negli abbassamenti del lago Fucino. **Strabo,** *Geograph.* V. 3. 13.

(6) *De aquaed.* I p. 1640.

(7) L. 3 §. 2 D. *de aq. et aq. pluv. arc.* La stessa antitesi di *agri et horti* trovasi nella l. 4 C. *de aquaed.* (XI. 42).

(8) L. 1 D. *de aq. quot. et aest.*

tore (1) e nello scopo dell' *a. a. pluv. arc.* (2). Vi era poi la grande irrigazione delle terre del Nilo di cui sotto faremo un cenno.

Su quest' argomento delle derivazioni di acqua pubblica dovrebbero prendersi in considerazioni due punti: l' autorità incaricata delle concessioni, la entità giuridica di queste. Ne parleremo brevemente secondo lo scopo di queste pagine.

Esaminando il vasto periodo storico della civiltà romana è naturale che varie nel succedersi dei tempi sieno state le magistrature incaricate della distribuzione dell' acqua pubblica. Frontino stesso fa quest' osservazione (3). Forse si dovette distinguere tra la distribuzione gratuita e la vendita.

Troviamo infatti spettare ai censori, e in loro concorrenza agli edili, la sorveglianza delle acque pubbliche e la loro concessione ai privati (4), ma sembra che il censore non potesse concederla senza correspettivo trattandosi di uno dei diritti utili della comune (5). Trovasi pure in tal riguardo un ramo della competenza dei questori, la così detta *provincia aquaria*, scomparsa sotto l'impero, di cui è ignoto il rapporto con la competenza edilizia e censoria (6). Sotto il principato comparisce la *familia aquarum quae tueretur ductus atque castella et lacus* cioè un dipartimento d' impiegati aventi tali attribuzioni, che Augusto formò in base al concetto edilizio di Agrippa (7); ma la *cura aquarum* come continuazione della censura viene avocata a sè dall' imperatore (8) e sebbene egli istituisca il *curator aquarum* e poi anche un *procurator* sindacatore del primo, nullameno la concessione gratuita dell' acqua pubblica ai privati deve essere ordinata personalmente dall' imperatore (9). Vediamo infatti che in questo caso sembrava un beneficio tale per chi l'otteneva da innalzare statue al concedente (10).

(1) L. 1 §. 13 h. t.
(2) L. 3 §. 1 D. *de aq. et. aq. pluv. arc.*
(3) II p. 1656.
(4) **Mommsen**, *Roem. Staatsr.* II p. 435-36.
(5) *O. c.* II p. 449.
(6) *O. c.* II p. 435-36, 558-59.
(7) *O. c.* I p. 314.
(8) *O. c.* II p. 999-1000.
(9) *O. c.* II p. 1007.
(10) *Corpus inscript. lat.* II. 1643.

Ci resta una *lex Quinctia de acquaeductu,* l'unica legge che ci sia pervenuta completa (1). Mentre essa statuisce pene contro chiunque danneggi i pubblici condotti e vieta gl'ingombri presso i medesimi riconosce i diritti acquisiti dai privati e quelli che saranno per acquistare in fatto di concessioni di acqua pubblica (2). Queste, nel concetto della legge, non si limitano ai bisogni personali, ma anche all'acqua per irrigare come vedesi dall'accenno agli *horti,* ai *praedia,* ai *loci.*

Nelle legge coloniche troviamo stabiliti i corsi di acqua pubblica e i terreni dove le si assegna il passaggio e ripetutamente protette le *fossae limitales* che servono al duplice scopo di dar corso all'acqua e di fornirne ai coloni (3); nè sono dimenticate le concessioni di acqua pubblica (4). Lo stesso è a dirsi della colonia di Venafro fondata da Augusto e dove egli costruì un acquedotto. Il fondatore nel suo *Edictum* pone tra le facoltà dei *IIviri* quella di distribuire ai privati l'acqua pubblica (5).

Vediamo ora la entità giuridica (6), i limiti, le controversie di queste concessioni di acqua pubblica.

In antico ciascuno potè appropriarsi l'acqua *caduca* (7) e far derivazioni di acqua di taluni fiumi pubblici (8). Più tardi anche l'acqua *caduca* non potè prendersi se non *beneficio Principis* (9) e la regola che riguardo ai fiumi pubblici era permesso derivare

(1) A. 715 u. c. secondo **Bruns**, *Font.* p. 105, a. 745 secondo **Rudorff**, *Roem. Rechtsg.* I p. 216.

(2) **Bruns,** p. 106, 107.

(3) V. §. seg.

(4) *Lex Urson.* c. 99. 100. Fosse di confine: *Lex Mamil* c. 54, *Urson.* c. 104.

(5) **Bruns,** p. 189-91. Le stesse norme delle *leges colon.* sono in questo *Edictum* circa al numero dei Decurioni la cui presenza è richiesta per concedere l'acqua pubblica. Così vi si trovano quelle norme tecniche di cui diremo adesso nel testo.

(6) Cf. **Winkler**, *De jure impetr. aquae.* Opp. min. Lipsiae 1796 II. 1 p. 1-59.

(7) **Frontinus**, II p. 1655.

(8) Sembra che ciò fosse permesso pei fiumi non navigabili nè costituenti ramo essenziale di altri navigabili. L. 10 §. 2 D. *de aq. et aq. pluv. arc.*, l. 2 D. *de flumin.*

(9) **Frontinus,** II p. 1662.

acqua se non vi fosse un divieto dell' autorità si cambiò nell' altra che in proposito tutto era vietato se non vi fosse un permesso dell' autorità (1). Onde ai tempi di Frontino si potevano distinguere tre specie di concessioni:

1ª dell' *aqua caduca;*

2ª dell' *aqua ex castellis publicis;*

3ª dell' *aqua de flumine publico.*

Frontino veramente distingue solo le due prime specie (2); ciò è naturale perchè egli si occupava principalmente di acquedotti. Del resto tra la seconda e la terza specie non corre che una pura diversità tecnica nel modo di prender l'acqua e neppur sempre potendo darsi che il fiume o il canale pubblico faccia capo ad un *castellum* o a qualche cosa di simile (3). Sotto l' aspetto giuridico tutte e tre le specie si raggruppano in un concetto unico. Infatti è massima rigorosa della legislazione imperiale che ogni derivazione di acqua pubblica deve esser fatta dietro regolare permissione dell' autorità (4): altrimenti è arbitraria e conduce perfino alla confisca dei campi irrigati con l' acqua pubblica abusivamente presa (5). Altra massima egualmente rigorosa è che il modo di prender l' acqua pubblica non è arbitrario dovendo anzi precisamente conformarsi a certe regole tecniche prestabilite nell' interesse idraulico generale (6). È insomma un saggio sistema di legislazione sulle acque.

Quanto alla giuridica natura del diritto concesso, Frontino che

(1) L. 17 D. *de S. P. R.* L. 2 D. *de flum.*

(2) II p. 1662.

(3) Pare che anzi si volesse ridurre ogni presa d' acqua pubblica anche quella per mezzo di rivi ad un castello comune a più privati. **Frontinus**, II p. 1661.

(4) **Frontinus**, II p. 1656 l. 17 D. *de S. P. R.* (VIII. 3), l. 3, 11 C. *de aquaed.* Si richiedono le *literae Caesaris*, l' *epistula Principis* e simili secondo lo stile ufficiale del tempo.

(5) **Frontinus**, II p. 1657 l. 2 C. h. t.

(6) L' acqua pubblica dev' esser presa dagli appositi ricettacoli *(ex castellis):* altrimenti se ne perde il diritto. **Frontinus**, II p. 1661. Norme severe contro chi perfora furtivamente gli acquedotti traendo l'acqua. *O. c.* II *l. c.* l. 3, 4, 10 C. h. t. Esatta misura dell' acqua concessa l. 2 *de aquaed. C. Theod.* (XV. 2). — Ma il *castellum* stava in rapporto all' acquedotto: per il fiume pubblico valevano piuttosto altre regole tecniche circa alla presa d'acqua ricordate anche da **Gianzana,** *o. c.* I. 1. 159-181.

è molto addentro in questa materia e tratta perfino delle questioni prettamente giuridiche (1) pone la massima che quel diritto è strettamente personale: « ius impetratae aquae neque heredem, ne- » que emptorem, neque ullum novum dominum praediorum se- » quitur (2) ». Esso deve essere impetrato per un dato fondo e da un dato castello (3).

I commentatori dell'Editto dicono invece che il diritto di prendere e condurre acqua pubblica concesso dal Principe *datur interdum praediis, interdum personis:* questo non si trasmette, quello segue ogni nuovo proprietario del fondo (4). Ciò non sta in contraddizione con le parole di Frontino perchè anche nel caso dell'acqua concessa per i fondi insegnano i giuristi che ogni nuovo proprietario deve rinnovare la domanda della concessione (5).

Relativamente al rapporto in cui trovansi vicendevolmente i fondi rimpetto a queste concessioni vi sono due importanti massime.

La prima è questa che tutti i fondi sono in egual posizione giuridica di fronte alla concessione dell' acqua pubblica proporzionalmente all' ampiezza di ciascun fondo pei suoi bisogni irrigatorî (6). Infatti il limite del bisogno è carattere della dottrina della vicinanza indipendente del patto (7).

L' altra massima è che la concessione dell'acqua pubblica ad un dato fondo non crea alcun diritto speciale nel proprietario di questo nè lo autorizza per ciò solo ad attraversare i fondi circonvicini o intermedi col suo *iter aquae* (8).

(1) II p. 1691-62.

(2) II p. 1661.

(3) P. 1662.

(4) L. 1 §. 41-43 D. *de aq. quot. et aest.*

(5) L. 1 §. 44 h. t. Nel frattempo (per 30 giorni secondo **Front.**, II p. 1662) poteva continuare ad irrigare con l'acqua pubblica.

(6) L. 17 D. *de S. P. R.*, **Frontinus**, p. 1662. Il rescritto imperiale dice *pro modo possessionum* il che secondo **Ballot**, *Rev. prat. de Dr. franc.* V p. 34 comprende la estensione, la natura del suolo, il genere di coltura etc. Qualche proprietario poteva ottenere maggior quantità d' acqua per una speciale concessione *(proprio iure)* l. 17 cit.

(7) *Arch. giur.* XXVII p. 203.

(8) *Lex Urson.* c. 100. *Edict. Venafr.* v. 45 l. 17 cit. l. 3 §. 1, 2 D. *de aq. quot et aest.* Un carattere particolare presentava la irrigazione con acqua

Le controversie che sollevano queste concessioni sono devolute all' ordinaria ed assoluta competenza del pretore che appare già in proposito nei tempi antichi (1). Vi è un apposito interdetto per chi *ex castello* (aquam) *ducit, id est ex eo receptaculo quod aquam publicam suscipit* (2). La speciale magistratura veglia alle concessioni e alle regolari derivazioni dell' acqua pubblica, nè vi è competenza (almeno in via principale) in proposito per gli agrimensori. Il pretore, osserva esattamente Ulpiano, risolve con quest' interdetto tutta la controversia cercando la esistenza del titolo in chi asserisce di poter prendere l' acqua pubblica: *aut habet ius adsignatum sibi aut non habet et interdictum totum finitur* (3). Ciò al contrario di altri interdetti, i quali, come è noto, non fanno che preparare la causa.

Riguardo a questa distinzione tra l'autorità concedente l'acqua pubblica e il giudice che decideva le relative controversie si dovettero introdurre modificazioni mediante il sistema dell' appello agli imperatori, indi col più diretto intervento di questi nelle cose di gius privato e finalmente con le più ampie attribuzioni anco giudiziarie di cui vennero investiti taluni funzionari amministrativi (4).

§. 5. Oltre i *gromatici veteres* possediamo gli *scriptores rei rusticae;* questi pure giovano assai per ritrovare le condizioni topografiche in mezzo a cui si è formato il Diritto classico e più per conoscere le opinioni, i pregiudizi, i desiderî degli agricoltori di

pubblica in Egitto per le benefiche piene del Nilo. Secondo regole fissate da antiche consuetudini si ripartiva l' acqua del medesimo aprendo gli argini appena il volume delle acque del Nilo avesse oltrepassato il *duodecimo cubito*. Severe proibizioni vegliavano a che non si prendesse furtivamente prima (l. 10 D. *de extraord. crim.* (XLVII. 11) ; l. 1 *de Nili agger. C. Theod.* (IX. 32)). La misura fissata nel Cod. Teod. sta in relazione alle credenze del paese: *si duodecim cubita* (Nilus) *non excessit fames certa est.* **Plinius**, *Hist. nat.* XVIII. 28. Siccome ab antico erano in uso in Egitto le conduzioni di acqua irrigua *(Deuteron.* XI. 10), così vi saranno state speciali norme perchè mediante un buon allacciamento di fossi, canali e rivi il benefizio del Nilo potesse arrivare alle terre più lontane *sine iniuria* di alcun proprietario.

(1) V. sopra il fr. relativo ai *pagani* e *montani*. **Cujacius**, *Opp.* VII p. 698.

(2) L. 1 §. 38 D. *de aq. quot. et aest.*

(3) L. 1 §. 45 h. t.

(4) Quanto al *procurator* imperiale v. sopra, p. 20, nota 1.

quei tempi: tutto quel complesso insomma di comuni precetti della vita pratica il quale in ogni periodo storico fa parte integrante del carattere degli individui e dei popoli ed opera in modo assai energico nelle determinazioni della relativa coscienza giuridica. E noi siam certi che il Diritto romano rispettava i desideri degli agricoltori sì perchè ciò combina coll' istoria generale della sua formazione, sì perchè è cosa comunemente osservata che quanto più rimontiamo verso gli antichi tempi del Diritto nostro, tanto più lo troviamo fornito di un carattere prevalentemente agricolo (1).

L'opera *De re rustica* di Catone riproduce in modo assai vivo le opinioni dei primitivi agricoltori: ad essa sono ispirate le posteriori di Varrone, Columella, Palladio scritte per certo quando il comune sentimento romano per la dignità delle cose agricole a poco a poco veniva meno rimpianto dal poeta e dal filosofo, ma ormai in totale discordanza col lusso e la mollezza dei nuovi tempi. Utili ammaestramenti potremo trarre da questi scrittori per vedere quale concetto avessero gli agricoltori della servitù di acquedotto e se specialmente essi la credessero indispensabile al fondo.

Gli scrittori di cose rustiche e Plinio stesso in materia di acqua per i bisogni del fondo ripetono una massima di Catone la quale sembra uno di quei saggi proverbi o aforismi in cui compendiavansi e rendevansi popolari le massime scientifiche nei tempi antichi. Egli insegnava a tre cose doversi porre mente acquistando un fondo: all' acqua, alla via, al vicinato (2). Ciò ripetesi da Varrone (3), da Columella (4), da Palladio. Il quale fa anzi una specie di commento dicendo: « Prima igitur eligendi et bene colendi agri » ratio quatuor rebus constat: aere, aqua, terra, industria (5) ». Non nego che il primo riguardo mostrato da questi scrittori è per l' acqua potabile sia per gli uomini sia per gli animali (6); ma si pensa anche allo scavamento e alla purgazione delle fosse, al modo di condurre e incanalare l' acqua per la irrigazione, per l' essicamento del fondo etc. (7).

(1) Lo notava anche **Schlegel,** *Philos. der Gesch.* 9te Vorl.
(2) 1.
(3) I. 7.
(4) I. 3.
(5) I. 2.
(6) « De bonitate aquae ita omnibus clarum est etc. » **Colum.,** I. 3. — « Cui si fons desit aut puteus etc. » **Pallad.,** I. 16, 17.
(7) **Varro,** I. 14, 35, 36. Anche **Plinius,** *Hist. nat.* XVIII. 5 ripete la

Ora se ravviciniamo questa premura per l'acqua con l'appellazione *optimus maximusque* data al fondo quando è esente da ogni servitù (1) difficilmente si comprenderebbe come potesse la medesima usarsi ove nel concetto comune la servitù d'acquedotto fosse sembrata il mezzo generale di soddisfare il bisogno di acqua proprio del fondo: dovrebbe questo essere invece *optimus maximusque* se fornito della servitù stessa.

Per amore di brevità mi si vorrà perdonare un uso un poco scolastico se io riduco a tre punti gli ammaestramenti degli *scriptores rei rusticae* interessanti la mia ricerca:

1.° L'acqua condotta dal di fuori nel fondo rappresenta una pura e semplice comodità di cui si può fare a meno;

2.° Il vero capitale su cui si fa assegnamento è l'acqua piovana;

3.° Mancando ogni sorta d'acqua si modificano senza danno le pratiche agricole.

1.° Un accenno alla possibilità di procurarsi l'acqua in un luogo vicino al fondo ritrovasi in Varrone, ma è così generico che sarebbe arbitrario riferirlo esclusivamente ad una servitù. « In villa » aedificanda — dice esso — hoc potissimum: ut intra septa villae » habeas aquam: si non *quam proximae* (2) ». La frase sottolineata non può esattamente riferirsi neppure ad un fondo vicino e appartenente ad un estraneo dicendo Varrone questo soltanto che se non si ha l'acqua dentro la cinta della villa è bene che sia nel luogo possibilmente più prossimo. Questo potrebbe essere fuori del recinto della villa, ma tuttora nel fondo del padrone della medesima; qui trattasi infatti della *villa rustica* di cui dà i precetti architettonici Vitruvio (3), cioè di una comoda fattoria; nè è prescritto che il recinto della medesima segni i confini del fondo (4). Ad

massima catoniana, ma considera l'acqua anche come capitale necessario della agricoltura *(ut fruges gignantur, arbores fruticesque vivant)* XXXI. 1. Cf. **Cicero**, *De senect.* XV: « irrigationes, agri fossiones, repastinationesque ».

(1) *Arch. giur.* XXV p. 360.

(2) I. 11.

(3) *De architect.* VI. 9.

(4) « ager cum aedificio » l. 211 D. *de V. S.* (L. 16).

ogni modo l' acqua procurata *quam proxime* non è che una comodità di cui può farsi a meno mediante l' acqua piovana come vedremo.

Columella esprime lo stesso concetto di Varrone alludendo anche alle conduzioni di acqua e graduando alla stesso tempo la bontà delle varie specie di questa (1). Si procuri, esso dice, di avere una fontana perenne nel recinto della villa o alimentata da acqua *condotta dal di fuori.* Mancando l'acqua corrente si cerchi in vicinanza quella di pozzo. Venuta meno la speranza di un' acqua viva si facciano cisterne e vasche per raccogliervi l'acqua piovana: se questa è condotta in cisterna coperta è *eximia.* Accenna poi generalmente all'acqua corriva nascente in montagna da tenersi subito per bontà in secondo luogo dopo la piovana. Assegna il terzo all' acqua di pozzo in collina, conclude esser pessima quella di palude. Qui vi è il solito ambiguo accenno all'acqua procurata *quam proxime* e l' altro all' acqua condotta dal di fuori che può riferirsi anche al caso di una servitù d'acquedotto. Si noti però che in ambedue i casi trattasi di una comodità che può essere supplita dai ricettacoli di acqua piovana. Columella parla anche dei *salientes rivi* (2) *ad temperandos colores et ad amoenitatem locorum*, ma naturalmente insegna che si debbano condurre nella villa non come cosa indispensabile, sivvero se ve ne è la possibilità.

Palladio (3) dà anzi ammaestramenti tecnici (e rasenta così la competenza di Vitruvio e di Frontino) circa al modo di condurre l' acqua anche da lontano *(si quis mons interiectus occurrerit);* ma non mostra davvero che ciò sia indispensabile al fondo.

2.° Varrone (4) dopo aver detto che si procuri di aver l'acqua entro il recinto della villa o *quam proxime* soggiunge: « Si » omnino aqua non est viva: cisternae faciundae sub tectis: et la- » cus sub dio; et altero loco ut homines et altero ut pecus uti » possit ». Abbiamo veduto quanta importanza Columella dia all'acqua piovana dicendola *eximia* se condotta in cisterna coperta.

Non credasi che nel concetto di questi scrittori l' acqua pio-

(1) I. 5.

(2) *L. c.* Anche **Cicero,** *Ad. Q. fratr.* III 1 c. 1 dice: « aquamque, quam » ii ducebant non longe a villa... vidi ». Non si sa precisamente se si tratta di una servitù; ma è certo che esso ne parla come di cosa di lusso.

(3) IX. 11.

(4) I. 11.

vana debba servire soltanto all' uso dei coloni e all' abbeveramento degli animali. Essa serve anche alla irrigazione del terreno (1). Nella pioggia si ravvisava, come oggi in molte provincie d' Italia, quasi l' unico ausilio dell' acqua per le semente (2) e solo *quando non pluet* si ricorreva alla irrigazione se ve ne era il modo (3).

Quindi speciali regole che sono press' a poco le odierne per fare i solchi nel terreno attorno le aree (porche) *ut per semitas aqua ministrari possit* (4) e per incavare un poco le aree stesse affinchè contengano l' acqua (5).

Ma l' agricoltura ha tanto bisogno di attrarre sul fondo l' acqua necessaria, quanto di allontanare la superflua *(incilia aperire, aquam diducere in vias)* (6). Di qui il bisogno per taluni terreni troppo umidi di fare speciali solchi detti *sulci aquarii* e in una data forma ἕλικες di cui l' uso è ricordato come antichissimo (7).

3.° Mancando ogni sorta di acqua ed anche la piovana che bene a ragione possiamo dire col Dionisotti accidentale (8) l' agricoltore romano non si affliggeva della assenza di una servitù attiva di acquedotto, ma cercava guidato da regole speciali e anche spesso da tradizionali pregiudizi di ritrovarne nel sottosuolo del fondo (9). Ad ogni modo egli modificava le sue pratiche agricole a seconda della circostanza che l'acqua fosse o non fosse a sua disposizione (10).

(1) « Relinqui debent (prata) in laeto solo, vel humido vel riguo eaque » *aqua pluvia rigari* via publica » **Plinius**, *Hist. nat.* XVIII. 28.

(2) **Colum.**, II. 8. Anche **Varro**, I. 14: « et fossa ita idonea ut omnem » aquam quae veniet a coelo recipere possit ».

(3) **Cato**, 151.

(4) **Colum.**, II. 11. Egli chiama ciò in *morem horti* e siccome non si riferisce al prato, cosi è un'altra conferma della irrigazione, sia pure molto semplice, del terreno seminato.

(5) « (areas) subcavas facito uti aquam continere possint » **Cato**, 151.

(6) **Cato**, 155.

(7) **Colum.**, II. 8, 9. **Pallad.**, X. 3.

(8) *Le serv. sulle acque* §. 80.

(9) V. l' interessante elenco dei modi e dei segnali di esistenza dell' acqua in **Pallad.**, IX. 8. Se ne induceva anche la presenza da talune piante in certi luoghi. **Plinius**, *Hist. nat.* XXVI. 6.

(10) « aquam irrigato leniter in areas, *si non habebis unde irriges* ge- » rito inditoque leniter ». **Cato**, 151. — « Quidam pridie rigant *ubi sunt ri-* » *gua* » **Plinius**, *Hist. nat.* XVIII. 28.

Gli *scriptores rei rusticae* accennano adunque a certi usi agricoli in fatto di acqua i quali molto spesso implicano un vicendevole incomodo pei vicini e necessitano una reciproca tolleranza senzà che perciò si tratti di vere servitù prediali. Come ha interpretato il Diritto classico questi bisogni agricoli?

Diciamo subito che esso è partito dal vero criterio che la reciproca necessaria tolleranza derivante dalla continuità delle possessioni non può essere rilasciata ad un eventuale accordo tra i coloni, ma deve essere regolata, almeno in via principale, da norme autorevoli e fisse che costituiscono una *lex agris dicta* insegnata dalla natura, se anche non lo fu dai divisori del terreno. Onde una dottrina della vicinanza che è mirabile anche nel Diritto classico e contiene i germi delle regole ad essa relative nel Diritto moderno quantunque questo le riduca sotto un concetto privo di precisione, come vedremo. Nell' antico Diritto i sentimenti di equità e di benevolenza, come la proibizione della *aemulatio* tra i vicini, potevano avere avuto un' origine storica nelle relazioni gentilizie dei confinanti; ma è certo però che rappresentavano più tardi non un puro ricordo storico, ma una forza viva per mitigare equitativamente i troppo rigorosi ed individualistici caratteri del diritto di proprietà in Roma.

Riguardo ai bisogni agricoli dell'acqua, i rapporti di vicinanza trovarono la loro più precisa configurazione nel concetto giuridico dell'*aqua pluvia* che già appare nelle XII tavole, ma deve forse i suoi ulteriori svolgimenti alla dottrina dei giuristi classici (tra cui sono visibili tuttora le dissensioni in quest' argomento) e all' editto del pretore il quale si è largamente ispirato ad essa ed in ispecie ai precetti di Labeone. Questi pose un tal numero di questioni pratiche in materia di *aqua pluvia* che i posteriori giuristi vi collegarono opportunatamente le loro ricerche: onde Ulpiano commentando l'editto sente ogni momento il bisogno di invocare l' autorità di Labeone (1).

(1) **Reinhard**, *Arch. f. civ. Pr.* XXX p. 218 sembra che trovi anche nel contemperamento del rigoroso diritto di proprietà per la vicinanza, maggiore l'operosità dei pretori che quella dei giureconsulti. Pare a me però che in questa parte la scienza classica abbia largamente ispirato l' editto. Si veda come già gli antichi giuristi applicavano il principio: *nullus videtur dolo facere qui iure*

Ciò fu possibile perchè, come osserva lo Schneider, il concetto non rimase limitato all'*aqua quae de coelo cadit* sivvero comprese « ogni altra acqua che per rovesci di pioggia è ingrossata e tur- » bata (1) ». Anche fu possibile perchè la scienza classica studiò diligentemente gli effetti giuridici dell'*aqua pluvia* sotto quell'aspetto dei rapporti di vicinanza testè ricordato. Due principî si trovano di fronte e si limitano a vicenda in tutto il titolo *de aqua pluvia arcenda*. L'uno giuridicamente certo nella coscienza romana che il proprietario deve poter fare nel proprio fondo ciò che più gli piace, l'altro fatto valere a poco a poco dai giureconsulti (forse esistente in germe ab antico, ma allora meno necessario per la minor continuità dei terreni coltivati e per le precise regole degli *agri limitati)* che si deve render possibile senz'altro qualche reciproco incomodo tra i vicini per le necessità imprescindibili dell'agricoltura (2).

In conseguenza del primo principio il colono può veramente fare quello che gli *scriptores rei rusticae* gli consigliano: ritener, cioè, l'acqua piovana sul suo fondo (3), appropriarsi la *superficientem* del vicino (4), lasciare che entro i propri campi si formi un *aquarum concursus* (5), scavar fosse e pozzi purchè ad una certa distanza dal fondo vicino (6).

Ma l'agricoltura esercitata sopra terreni contigui importa una necessaria *immissione* (7) di acque che a vicenda un fondo cagiona sull'altro. Ecco quindi il secondo principio. Appunto relativamente a queste immissioni è stato osservato che i giuristi ro-

suo utitur in casi di reciproca tolleranza per le azioni di un proprietario che influiscono sul fondo del vicino avendo però riguardo all'intenzione non dolosa di chi le compie. Cf. **Pernice,** *M. Antist. Labeo* II p. 6-16.

(1) *Zeitschr für Civilr. und Proc.* V p. 327.

(2) Può dirsi incomodo anche secondo il linguaggio giuridico romano: l. 1 §. 23 D. *de aq. et aq. pluv. arc.*

(3) L. 1 §. 11, 21 D. h. t.

(4) L. 1 §. 11 h. t. Pare vi fosse anche l'uso dell'*actio de dolo* per pretenderla se inutile al proprietario del fondo superiore. **Scialoja,** *l. c.* p. 434-35.

(5) L. 2 §. 7 h. t.

(6) L. 1 §. 4, 12; l. 21 h. t.; l. 13 D. *fin. regund.* (X. 1); l. 26 D. *de damn. inf.* (XXXIX. 2).

(7) Uso questa terminologia che è propria anche delle fonti *(aliquid facere in alieno, aliquid immittere)* **Hesse,** *o. c.* §. 7.

mani sono fra loro molto discordi (1). La massima generale è così formulata da Labeone:

« Labeo etiam scribit, ea quaecumque frugum, fructuumque recipiendorum causa fiunt extra hanc esse causam (cioè non potersi impedire con l'*a. a. pluv. arc.)*: neque referre quorum fructuum percipiendorum causa id opus fiat (2) ».

I giuristi che si trovarono a spiegare ed applicare questa massima ebbero molti dubbî. Infatti la cosa non sollevava grandi controversie per gli ordinari solchi fatti dall'aratro (3). Ma i dubbî sorgevano per i *sulci aquarii* veramente destinati ad una immissione di acqua nel fondo del vicino (4) e di cui già vedemmo sopra l'uso nell'agricoltura romana. Fu stabilito che se erano affatto necessarî per la cultura del fondo conveniva permetterli (5) salvo a stabilire certe modalità dei medesimi (6).

Parimente sorse dubbio circa all'estensione del concetto, se cioè si dovesse prender di mira il solo raccolto del frumento come credeva Trebazio (7) od ogni sorta di prodotti secondo Labeone (8), Sabino e Cassio non facevano, a quanto pare (9), questa distinzione escludendo in genere l'*opus manufactum* per cagione della cultura *(agri colendi causa)*. Anche Ulpiano che riassume le varie opinioni *(In summa puto)* sembra accettare in tutta l'ampiezza la regola di Labeone (10).

Quindi la dottrina romana dell'*actio aquae pluviae arcendae* subisce questa limitazione in favore dell'agricoltura (11) a torto tra-

(1) **Schneider**, *l. c.* p. 359.

(2) L. 1 §. 7 D. h. t.

(3) L. 1 §. 3 D. h. t.; l. 24 pr. h. t.

(4) L. 1 §. 4 h. t.

(5) L. 1 §. 5 h. t. **Schneider**, *l. c.* p. 360.

(6) « directos ita ut (sulci) in unam pergant partem » l. 1 §. 5 h. t. Proibizione dei *sulci transversi aquarii:* l. 24 §. 1 h. t. Esclusione degli ἔλιχες l. 1 §. 9 h. t.

(7) L. 1 §. 3 h. t.

(8) L. 1 §. 7 h. t. Egli usa la parola *fruges* nel lato senso della l. 77 D. *de V. S.*

(9) L. 1 §. 8 h. t.

(10) L. 1 §. 15 h. t. Lo stesso criterio trovasi come limitazione, anch' essa assai trascurata, dell' *interd. quod vi* l. 7 §. 7 D. *quod vi* (XLIII. 24).

(11) **Reinhard**, *Arch. für civ. Pr.* XXX p. 219. **Hesse**, *o. c.* I p. 228. — Germi di limitazioni in favore dell' industria l. 3 pr. D. h. t.

scurata in taluno dei nostri manuali, ma già fatta valere dagli antichi interpreti (1) ed egregiamente applicata nell' antica giurisprudenza italiana (2).

Di tali eccezioni che subisce il rigoroso divieto della immissione nel fondo altrui dovrebbesi anzi far cenno più esatto colà dove si parla delle limitazioni legali della proprietà secondo il Diritto romano le quali si rappresentano per lo più molto superficialmente (3) al contrario di quello che si fa riguardo alle così dette *servitù legali* nel Diritto moderno. Onde il giovane è quasi indotto a credere che non esista nel Diritto classico una vicinanza indipendente dal patto e sia merito dei codici odierni l' averla formulata. Io doveva particolarmente richiamarvi l' attenzione del lettore perchè è appunto nelle sovraccennate limitazioni dell' *actio aq. pluv. arc.* e in quei contemperamenti ricercati dai giureconsulti che i bisogni agricoli dei fondi in materia di acqua trovano un soddisfacimento anche senza le possibili servitù prediali.

CAPITOLO II.

La servitus aquaeductus (4) e le affini.

§. 6. Abbiamo tracciato il terreno vero e concreto su cui è sorta la *servitus aquaeductus* del Diritto classico e ravvisato già

(1) **Caepolla**, *De serv. praed. rust.* V n.° 3. **Pecchius**, *De aquaed.* IV quaest. 69 n.° 33, q. 70 n.° 1 q. 73 n.° 3.

(2) La Rota fiorentina ad es. esaminando un caso in cui taluno sosteneva di essere nel diritto di scavar fosse non per nuocere al vicino, *sed solum proprii praedii colendi causa* decideva tal facoltà esser concessa nel limite dello stretto necessario *juxta usitatae culturae regulas* e lo stesso criterio della necessità decidere del permesso dei *sulci aquarii. Thesaur. Dec. Rotae flor.* (Ombr.) I. D. 1 n.° 32-40.

(3) Anche **Scialoja**, *l. c.* p. 439 ricorda che le limitazioni legali ammesse dal Diritto romano sono tutt' altro che scarse. Adesso si consulti il recente libro di **Freund**, *Die gesetzl Beschränkungen des Grundeigenth. in röm. R.* Berlin 1883.

(4) **Pecchius**, *De aquaed.* Ticini regii 1670. **Coroellius**, *De serv. et de aqua.* Mediol. 1728. **Richter**, *De aquaed.* Ienae 1800. **Hermann**, *De serv. aquaed.* Lipsiae 1803. **De la Harpae**, *De jure aquaed.* Tubingae 1805.

nella vicinanza indipendente dal patto il soddisfacimento dei bisogni agricoli relativamente all'acqua. Prima di passare ad un esame interno dell'istituto che ci occupa si osservi che altra poteva essere l'azione del Diritto a proposito del bisogno dell' accesso ai fondi, altra a proposito del bisogno dell'acqua. L'intervento del medesimo era diretto nel primo caso, piuttosto indiretto nel secondo (1). Pel primo bisogno il Diritto poteva fissare l' inviolabilità dell' *iter limitare* e considerare poi il necessario passaggio come elemento implicito di ogni rapporto giuridico riguardante il fondo (2); pel secondo bisogno, siccome l' acqua è sostanza in larga parte indipendente dalla volontà umana, così il Diritto doveva soltanto sforzarsi di porre tutti i fondi in egual condizione di procurarsela nel limite del bisogno. A tale effetto già il Diritto classico (3) aveva le seguenti massime ulteriormente svolte dal Diritto moderno:

1.° Sottraeva al dominio esclusivo di un solo le rilevanti e perenni masse di acqua perchè servissero all' uso pubblico e potessero poi anche esser ripartite in modica e sufficiente quantità ai singoli proprietari di fondi (4);

De Brunn, *De serv. ad aq. duc. et percip. spect.* Gottingae 1817. Aggiungi le classiche opere di **Romagnosi** e **Giovanetti** e le recenti di **Traina**, **Dionisotti**, **Gianzana** principalmente volte al Diritto moderno, ma con accenni al Diritto romano.

(1) A primo aspetto sembra che Venuleio dica il contrario: l. 4 D. *de rivis* (XLIII. 21) cf. l. 3 §. 13 D. *de itin. act. priv.* (XLIII. 19). Egli infatti paragona la purgazione dei rivi col riattamento dei sentieri: quella permessa anche senza dar prova del diritto per l'interesse della salute pubblica, questo possibile sol dopo tal prova perchè si può andare senza danno soverchio provvisoriamente nel sentiero anche mal ridotto. La nostra tesi è più generale.

(2) V. i due precedenti studi.

(3) Gravi dispute trovansi nella scienza tedesca circa la convenienza dei principii romani per gli odierni bisogni dell'agricoltura in fatto di acqua e v' è fino chi propone che questa parte debba sottrarsi in tutto e per tutto alla influenza del Diritto romano. Altri con miglior consiglio crede che in questo vi sia un' ottima base anche per tale argomento. Siffatta tesi è magistralmente sostenuta dal **Hesse**, *Iahrb. für die Dog.* (di Ihering) VII p. 180 seg.

(4) Questa massima ha un' intiera storia: fu cancellata dal feudalismo e rifiorì rigogliosa nel Diritto moderno che tende anzi a considerar pubbliche (almeno per noi secondo la vigente legge sui lavori pubblici) tutte quante le acque, sia pure nei corsi di poca entità. Cf. **Mazza**, *Arch. giur.* XXIX p. 431-90.

2.° Statuiva norme circa le fosse di confine (*fossae limitales* delle leggi coloniche);

3.° Regolava il corso dell'acqua piovana;

4.° Riconosceva il diritto che ciascun proprietario ha sulle acque nascenti nel proprio fondo, considerate come *portio agri* (1), e quello di trattenervi l' acqua piovana non meno che di fare le immissioni di acqua nel fondo del vicino necessarie per le pratiche agricole (2);

5.° Rispettava le antiche costumanze in materia di conduzioni di acqua, di arginature etc. conservando così le ultime tracce delle vetuste regole del *pagus* e dei *veteres auctores divisionis adsignationis*.

Nel concorso di queste massime è quasi impossibile supporre un fondo del tutto sprovvisto di acque o incapace di esser coltivato per sovrabbondanza di umidità, almeno dentro il limite dei bisogni che si facevano sentire nell' agricoltura romana.

Segnate queste linee esteriori della vicinanza agricola secondo il Diritto classico dobbiamo precisare un po' più da vicino lo scopo di pura utilità economica della *servitus aquaeductus* e delle affini. Ed anzitutto la domanda: ebbero i giureconsulti classici un concetto complessivo di un gruppo di servitù sulle acque pari a quello del diritto moderno? Quando si parla del Diritto classico conviene guardarci da certi collegamenti sistematici naturali alla scienza moderna, la quale possedendo un completo organismo giuridico riconduce, osservava sì bene il Bruns (3), ogni singola forma giuridica ai principii generali e raggruppa tutto, anche esteriormente, in un compiuto sistema. La scienza dei giuristi classici procedeva invece in un senso inverso componendo a grado a grado quel vasto organismo giuridico da cui noi possiamo oggi muovere come da sicuro punto di partenza. Era un intimo sistema che si veniva svolgendo: toccava poi alla riflessione moderna di formulare ciò che era vivamente sentito nella coscienza e nell' intelletto dei giuristi romani. Dov'è chiaro facilissimo esser l'errore per noi: an-

(1) L. 11 pr. D. *quod vi aut clam* (XLIII. 24).

(2) Il criterio si è ampliato nel Diritto moderno anche in vista della perfezionata industria.

(3) *Gesch. und Quell. des roem. R.* §. 27.

che perchè asserendo in taluni di essi giuristi certi concetti complessivi dobbiamo tener calcolo della cronologica successione delle varie figure giuridiche del Diritto romano che può dirsi in continua formazione sino all' età giustinianea (1). Ciò che altri osservava a proposito di certi concetti generali della dottrina delle obbligazioni che debbono credersi estranei alla scienza classica (2) è da ripetersi a più forte ragione per la dottrina delle servitù prediali però che essa di giorno in giorno facevasi più dettagliata, sì da poter quasi sorprendere anche oggi l' apparizione di ciascuna forma di servitù prediale nel Diritto classico. Le varie forme, ancorchè diverse espressioni di una stessa utilità economica quale il passaggio o l' acqua, si succedevano rimanendo esteriormente disgiunte l' una dall' altra quantunque un intimo legame giuridico le avvincesse nel pensiero dei giuristi. Talora accadeva che il nome di una originaria forma di servitù si estendesse ad altra, come avvenne della *servitus aquaeductus* la quale evidentemente comprende due casi. Io concordo perciò col Hoffmann che: « la servitus aquaeductus può » esistere ed essere costituita nella più svariata maniera e nella più » svariata estensione (3) ». Trovo quindi molto utile l' enumerare una categoria di figure giuridiche di servitù prediali sulle acque come fanno il Sintenis (4), il Keller (5), il Windscheid (6) ed altri, se con ciò vogliasi riprodurre non un concetto complessivo dei giuristi classici, ma piuttosto una lista dei casi che in proposito occorrono nelle Pandette. Ad ogni modo dovrebbe parlarsi, lo ripeto, di concetto complessivo riguardo ad ogni giureconsulto: quello dei tempi di Labeone era meno ampio di quello dei tempi di Paolo (7) etc.

Ma ciò che più nuoce al vero si è rappresentare come proprii del Diritto romano certi collegamenti sistematici che, sotto l' in-

(1) Valga ad es. la enumerazione dei diritti reali.

(2) **Pernice,** *M. Antistius Labeo* I p. 403.

(3) *Die Lehre von den Serv.* p. 117.

(4) *Das gem. Civilrecht* I §. 63.

(5) *Pand.* §. 166.

(6) *Pand.* I §. 211.

(7) V. sotto, A. γ. Degna di grande encomio mi sembra perciò la decisione dell' egregio prof. **Ruggieri,** *Svolg. stor. e scientif. della servitù sulle cose (Doc. di Stor. e Dir.* IV. 2-3) il quale arditamente afferma il criterio storico nello esame delle varie forme di servitù prediali. Al suo scopo può giovare

fluenza forse del moderno concetto di acquedotto di scarico, vorrebbero comprendere nella *servitus aquaeductus* delle Pandette anche il diritto di fare un'immissione artificiale di acqua nel fondo del vicino (1).

Io mi studierò di esporre i singoli casi di servitù sulle acque ricorrenti nel puro Diritto romano senza estendermi a tutta intiera la relativa dottrina, ma nell' intendimento precipuo di ravvisare lo scopo economico di queste varie forme di servitù. L'unico modo di evitare l'incertezza che appare nei romanisti intorno a ciò che forma l'essenza della *servitus aquaeductus* (2) si è quello di distinguere i vari casi. Al mio collegamento sistematico non si dia altra importanza che quella di un subiettivo criterio di esposizione.

A. *Servitù aventi per oggetto la condotta, la presa, la conservazione o lo scarico dell' acqua:*

α) acqua pubblica condotta attraverso il fondo altrui sino al mio;

β) acqua mia condotta sino ad altro mio fondo passando attraverso l' intermedio del vicino;

γ) acqua condotta al mio fondo dal tuo ov' essa sorge e ti appartiene;

il **Voigt**, *Ueber Bestand* p. 31-37 ove fa la esposizione cronologica delle servitù dalle XII tavole al chiudersi dell' età repubblicana. È vero che egli sembra adottare la frase *iura aquarum* (propria anche della *lex Urson.* c. 79) come concetto romano complessivo delle servitù sulle acque, ma, secondo lui, quella frase a tempo delle XII tavole comprese l' *aquaeductus* e il *haustus* e solo alla metà del VII secolo la *serv. pecoris ad aquam appulsus*, poi alla fine dello stesso secolo anche la *serv. aquae recipiendae.*

(1) V. sotto, A. ε.

(2) Secondo **Vangerow**, *Pand.* §. 539 l' essenza giuridica della *serv. aq.* sta non nell' avere il *rivus*, ma nel prender acqua. **Ruggieri**, *Il possesso* §. 428-29 accetta tanto tale idea che chiama la presa d' acqua *serv. aq.* propria, la conduzione attraverso i fondi altrui *serv. aq.* impropria. Al contrario **Keller**, §. 166 dice: « essenziale è soltanto la conduzione attraverso il fondo » altrui, cioè il passaggio per l'acqua ». I più comprendono indifferentemente i due casi nel concetto di *serv. aq.* **Glück**, *Pand.* X p. 191, **Sintenis**, *l. c.* **Maynz**, *Cours* §. 220, **Molitor**, *La posses. et le serv.* p. 360-61, **Demangeat**, *Cours* I p. 502. La questione, oltre essere scientifica, ha pure un' importanza pratica nè sfuggì al **Pecchius**, *De serv.* I c. 4 quaest. 24 n. 36. Senza entrare direttamente nella controversia crediamo però si debbano distinguere le due forme di servitù (presa — condotta) per dire ciò che ne costituisce l'essenza giuridica, salvo quanto si aggiunge sotto p. 49 nota 6.

δ) facoltà di vietare al vicino di fare scavi per cercar acqua nel proprio fondo affine di non diminuire o avocare a sè quella che trovasi nel mio;

ε) facoltà d' immettere artificialmente acqua nel fondo del vicino (1).

B. *Servitù aventi per oggetto l' attingere acqua:*
Servitus aquae haustus.

C. *Servitù aventi per oggetto l'abbeveramento del bestiame:*
Servitus pecoris ad aquam appulsus.

Per l' intento di questo studio più c' interessano le figure giuridiche raccolte sotto la lettera A che le rimanenti: in quelle infatti può scorgersi a primo aspetto più che in queste il criterio di necessità che ci sembra invece di poter escludere. Nullameno di tutte quante faremo un cenno proporzionatamente all' importanza che possono avere per noi.

A. α) È forse impossibile precisare oggi se nella vita pratica romana si configurò prima la servitù di condotta dell' acqua mia o a me concessa attraverso l' altrui fondo e poi la vera e propria servitù di presa d' acqua o viceversa. Tuttavia, sebbene io non osi fare alcuna asserzione, mi sarà lecito dare la precedenza alla servitù d' acqua pubblica condotta da me attraverso gli altrui fondi perchè questa è la figura giuridica che dovette già presentarsi nel sistema della comunanza delle acque nel villaggio e tale si osserva appunto nel Diritto greco (2). Anche le Istituzioni e le Pandette

(1) Tra questi casi non si enumera quello accennato anche dal **Cujacius,** *Opp.* IV p. 382 che il proprietario del fondo serviente ove è la presa o la condotta dell'acqua si giovi esso pure del *rivus* (al medesimo sono riferibili le l. 9 §. 2 D. *de aq. et aq. pluv. arc.*, l. 2 D. *de rivis)* perchè pel proprietario stesso non è una servitù *(id contingit magis ex occasione, quam ex iure)* ovvero è una modalità della concessione *(si in imponenda servitute id actum esset).* Invece se A concede l'acqua a C (presa), B la condotta pel suo fondo a C stesso, ma insieme B ottiene da A una presa anche per sè medesimo che si effettua mediante un unico *rivus* dal fondo di A, può dirsi che B ha un' ordinaria servitù di presa, C una servitù di presa dal fondo di A, di condotta pel fondo di B.

(2) Sono le *conduzioni dei singoli agricoltori dalle fonti comuni* di cui parla **Plato,** *l. c.*

sembrano presentare la originaria *servitus aquaeductus* come una facoltà a me spettante di condurre acqua attraverso gli altrui fondi (1) e se pensiamo ai rigorosi requisiti della servitù stessa nell' antico Diritto romano (2) si può credere che fosse più frequente la condotta dell' acqua pubblica che la servitù di presa sopra un' acqua privata.

Qualunque sia l' opinione del lettore si ricordi che il caso in esame dovette esser frequente perchè le concessioni di acqua pubblica si facevano sempre *sine iniuria alterius* e senza che le medesime autorizzassero ad occupare o ad attraversare i fondi intermedi tra il nostro e l' acqua pubblica (3).

Pomponio ha esaminato un caso interessante:

« Si aquam ex flumine pubblico duxeris, et flumen recesserit non potes subsequi flumen: quia ei (loco) servitus imposita non sit, quamvis is locus meis sit. Sed si alluvione paullatim accesserit fundo tuo, subsequi potes: quia locus totus fluminis serviat ductioni. Sed si circumfluere coeperit mutato alveo, non potes: quia medius locus non serviat, interruptaque sit servitus (4) ».

La parola *servitus* in questa ultima linea è usata da Pomponio in senso molto complessivo perchè egli vi comprende anche la facoltà di trarre acqua dal fiume pubblico che, come vedemmo, non costituisce una servitù, ma soltanto una concessione del prin-

(1) Le XII Tavole (nota che in esse l' essenziale della nostra servitù è il *rivus*. **Voigt**, *o. c.* p. 10) mostrano appunto una condotta di acqua spettante ad un privato attraverso o sotto il suolo pubblico, l. 5 D. *ne quid in loco publ.* (XLIII. 8). Cf. pr. *Inst. de serv.* (II. 3) l. 1 pr. D. de *S. P. R.* Teofilo invece (II. 3) allude piuttosto alla presa di acqua. I Basilici (LVIII. 3) accennano presa e condotta come figure distinte: Armenopulo *Epitome iur. civ.* II. 4 non sembra distinguerle. Anche nell'antica dottrina si cominciò a distinguer l'*iter aquae* e l'*aquaeductus* solo dalla culta-giurisprudenza. **Goveanus**, *Lect. var.* I c. 17. **D' Avezan,** *Serv.* p. 168 (**Meerm.** IV). Però già il Pecchio distingueva *aqua* e *rivus* come elementi della *serv. aquaeductus l. c.*

(2) V. sotto, A. γ.

(3) « ..... neve ea aqua (publica) per locum privatum invito eo cuius is » locus erit ducatur » *Edict. Venafr.* v. 45. Lavori di conduzione *Corpus inscript. lat.* II. 3240, 3280. Acquisto del diritto di attraversare i fondi intermedii **Orellii,** 6634. I tentativi per rannodare al Diritto romano il nostro acquedotto coattivo furono inutili sforzi di ingegno sui quali per amore di brevità non insisto.

(4) L. 3 §. 2 D. *de aq. quot. et aest.*

cipe. Qui l'interruzione si riferisce o al mio *iter ad flumen publicum* o anche al mio *iter aquae* (publicae (1). Quanto ai tre casi apparentemente accennati dal giureconsulto si riducono a due perchè il primo membro del periodo enuncia solo una massima generale: se il fiume pubblico da cui conduci l'acqua recede non puoi seguirlo. Ma appunto perchè troppo generale richiede distinzioni. Se mediante alluvione si è formata un'aggiunzione di suolo alla mia riva nessuna difficoltà che io seguiti a prender acqua come prima, sia che il terreno alluvionale venga già considerato come mio, sia che *locus totus fluminis serviat ductioni* (2).

In altri frammenti compaiono servitù di passo che Tizio ha su terreni di estranei per arrivare sino al fiume pubblico ove attinge acqua (3).

Dunque è necessaria una servitù per render utile la concessione di acqua pubblica a coloro che essendone forniti hanno fondi non fronteggianti il fiume? Senza dubbio è assai utile (quantunque vi sia il pericolo delle inondazioni) questa posizione topografica: per trovarvisi o in genere per esser prossimi *aquae commodo* i coloni romani si rassegnavano anzi a qualche sacrificio (4).

Ma non è poi necessaria perchè sì per attinger acqua *(aquae haustus)* sì per abbeverare il bestiame *(pecus ad aquam appellere)* si può sempre profittare dei sentieri limitari e delle vie sino al fiume pubblico. Quanto al caso della conduzione dell'acqua pubblica che più particolarmente c'interessa si può, mediante autorizzione del Principe da lui fatta *sine incommodo publico*, condurre l'acqua pubblica come la privata attraverso il suolo pubblico (5).

(1) « Si aquam.... *duxeris* » ivi.

(2) La prima ipotesi si verifica secondo i principii dell' *alluvio*, la seconda in specie nei terreni limitati dove talora si lasciava ai fiumi un ampio spazio laterale indeterminato come *subsecivus*, tal altra si assegnava loro una certa e precisa estensione per le lagnanze dei coloni **Frontinus**, p. 52; **Siculus**, p. 157.

(3) L. 3 §. 3 D. *de S. P. R.* Forse avendo io l' *haustus* nel fiume pubblico non posso pervenirvi senza un *iter* attraverso i fondi del vicino? Per supporlo bisognerebbe ammettere prima il mio fondo senz'uscita e poi il fiume pubblico senza possibilità di accesso e libertà di andare e venire sulle rive. Si tratta soltanto di una comodità ottenuta qui pure mediante un sentiero più breve come si scorge anche nella l. 17 §. 4 D. *de aq. et aq. pluv. arc.*

(4) **Frontinus**, p. 51.

(5) L. 14 §. 2 *de serv.* (VIII. 1), l. 18 D. *de aq. et aq. pluv. arc.* —

Prendendo ad esempio un terreno diviso con le regole agrimensorie era anzi la *lex agri* istessa che prescriveva questo:

« .... neve eae fistulae aut rivos *(di acqua pubblica concessa ai privati)* nisi sub terra, quae terra itineris viae publicae limitisve erit, ponantur, conlocentur (1) ».

La moltiplicità di questi rivi si evitava con ciò che un solo condotto poteva esser comune a più proprietari (2).

I giuristi romani dovettero occuparsi di talune controversie cagionate appunto dalla circostanza che le mie conduzioni di acqua sotto la via pubblica danneggiassero gli altrui edifici (3).

Certamente la facoltà di attraversare con la mia conduzione di acqua pubblica gli altrui fondi seguendo la via più breve e più naturale invece della più lunga che soventi volte è rappresentata dalla via pubblica, costituisce una grande comodità che dovette farsi sentire nello svolgimento dei moderni bisogni agricoli ed industriali (§. seg.). Nel Diritto romano si ricorreva per questo vantaggio alla costituzione di una servitù di condotta e per tale circostanza si usava la frase: *comparare et emancipare sibi loca et itinera aquae* (4). Ma anche nel Diritto antico abbiamo traccie dell'acquedotto coattivo: forse vigeva nel Diritto greco (5): ne trovammo sopra un germe in talune fosse degli *agri limitati* e si potrebbe anche credere che qualche cosa di simile dovesse esistere per condurre ai più lontani fondi i benefizi del Nilo.

β) Un'antica iscrizione di Viterbo (6) narra che *Mummius Niger Valerius Vegetus*, uomo consolare, condusse l'acqua sua vegetiana

L'acqua di Valerio Vegeto dopo aver traversato tanti fondi passava pure sotto il marciapiede sinistro della via pubblica Ferentina e sotto la via Cassia. **Orellii,** 6634. Altro esempio *Corpus inscrip. lat.* I. 1151.

(1) *Edict. Venafr.* v. 45.

(2) Arg. da ciò che è detto a proposito del *primus rivus communis* in fatto di servitù a più spettanti: l. 1 §. 8, 26, l. 4, 5 D. *de aq. quot. et aest.* e del *castellum* comune a più concessionari d'acqua pubblica.

(3) L. 13 D. *si serv. vind.* (VIII. 5). Era un caso già contemplato dalle XII Tavole. L. 5 D. *ne quid in loco publ.*

(4) **Orellii,** 6634.

(5) Le parole di **Plato,** *l. c.* lasciano in dubbio se fosse lecito senz'altro condurre l'acqua al nostro fondo attraverso il suolo altrui purchè non si recasse *altro danno oltre l'acquedotto.*

(6) **Orellii,** *l. c.*

per *millia passuum* VDCCCCL attraverso una quantità di fondi sino alla sua villa calvisiana dopo aver comprato l'*iter aquae* da ciascuno dei proprietari di questi. Trattavasi qui di acqua propria di Vegeto nel senso che egli aveva acquistato il diritto di presa in un lontano fondo altrui spettante. Ciò è conforme ai principii in molti casi pratici dettagliatamente esposti dai nostri giuristi essendo la richiesta vicinanza dei fondi non già una contiguità, sivvero una possibilità di scambio di servigi tra un fondo e l'altro, *sicut vides exemplum* — diceva Bartolo (1) — *in aquaeductu Perusino qui transit per duos montes*. Tale possibilità si ottiene mediante la servitù imposta anche sui fondi intermedi (2); ciò si verifica nel caso pure che alcuno di questi sia comune al titolare della servitù e ad altri (3) rimanendo naturalmente escluso il bisogno di questa costituzione pel fondo intermedio affatto proprio del titolare istesso (4). Se in un punto intermedio s'incontri il suolo pubblico qualche servitù per sua indole non è interrotta come appunto l'*iter* (5) e quanto all'*iter aquae* conviene chieder l'autorizzazione secondo ciò che fu detto (6).

Ma può darsi anche il caso che io da un mio fondo attraverso gli altrui campi conduca l'acqua mia sino ad altro mio fondo. È deciso da Giuliano (7). Vi erano tre fondi contigui: il proprietario dell'ultimo e più basso fondo aveva acquistato dal primo e superiore fondo il diritto di condurre acqua al proprio attraverso il medio fondo per regolare concessione del proprietario di questo. Avvenne che il titolare della servitù comprò il *summum fundum* e poi vendette l'*imum fundum in quem aquam induxerat*. Nacque il dubbio che fosse estinta la servitù perchè il fondo dominante e il serviente appartenevano omai allo stesso padrone quando l'uno di questi fu venduto ed imperassero perciò i noti principii della confusione (8). Giuliano rispose:

(1) Ad l. 37 D. *de S. P. U.* (VIII. 2).

(2) L. 25 §. 1 D. *de S. P. U.*; l. 7 §. 1 D. *comm. praed.* (VIII. 4); l. 5 D. *si serv. vind.* (VIII. 5).

(3) L. 27 D. *de S. P. R.*

(4) L. 15 D. *quem serv. am.* (VIII. 6).

(5) L. 17 §. 2 D. *de aq. quot. et aest.* Si eccettua naturalmente il caso che si tratti di luogo sacro e religioso l. 17 §. 3 h. t., l. 14 §. 2 D. *de serv.*

(6) L. 14 §. 2 h. t.

(7) L. 31 D. *de S. P. R.*

(8) L. 1 D. *quem serv. am.* Il caso preso qui in esame potrebbe verifi-

« Quemadmodum servitus summo fundo ut in imum aqua veniret, imponi aliter non potuisset, quam ut per medium quoque fundum duceretur: sic eadem servitus eiusdem fundi amitti aliter non posset, nisi eodem tempore etiam per medium fundum aqua duci desiisset aut *omnium tria simul praedia unius domini facta essent* ».

In questi due casi (α, β) la servitù dicesi *aquaeductus*, ma avendo per suo precipuo contenuto un passaggio dell' acqua attraverso l' altrui fondo e presentando somiglianza con la vera servitù di passaggio, vien più spesso designata dai giuristi con l'appellativo di *iter aquae* (1). Tale *iter aquae* rappresenta una vera utilità di fronte alla possibilità di condurre l' acqua attraverso il suolo pubblico, come fu detto, e ad ogni modo, dato che ciò non fosse accidentalmente possibile, costituisce il vantaggio di estendere ad un mio fondo mediante una servitù le naturali prerogative di altro mio fondo. Ma ciò oltrepassa sempre il puro necessario (2).

γ) Il mio fondo è contiguo al tuo: io ho acquistato il diritto di prendervi acqua per condurla nel mio. È il caso che Teofilo presenta ai suoi uditori come tipico della *servitus aquaeductus* (3). Ragionando del medesimo, l' Elvers così esprimesi: « Soltanto al- » lora che deve farsi una conduzione da un'acqua che trovasi nella » proprietà privata o immediatamente dalla sorgente, prima che » essa sia divenuta *aqua profluens*, la servitù d' acquedotto con- » tiene la facoltà di avocare a sè dalle naturali prerogative del » fondo serviente una sostanza che manca al dominante (*die* » *Befugniss einen dem herrschenden Gründstück* **fehlenden**

carsi anche se io comprassi o avessi un lago di mia proprietà (l. 69 D. *de contr. emt.* XVIII. 1) paragonabile ad ogni privato mio luogo dal quale io attraverso i terreni intermedi conduco acqua ad altro mio fondo.

(1) L. 15, 21 D. *de S. P. R.*, l. 16 *quem serv. am.*, l. 19 §. 4 *comm div.* (X. 3), l. 2 §. 6 *de aq. et aq. pluv. arc.*, l. 8 *de aq. quot. et aest.*

(2) Opportunamente **Dionisotti,** *o. c.* n.° 220 osserva che in Roma non si sentiva il bisogno dell' acquedotto coattivo. Aggiungi che giovando nelle ville romane l' acqua a scopi di lusso si conduceva senza risparmio e molte volte il proprietario sceglieva l' *iter aquae* più lungo pur di non attraversare i fondi di certi vicini coi quali non voleva entrare in relazione. V. un es. in **Cicero,** *Ad. Q. fratr.* I. 1. c. 1. Questo giro più lungo, dannoso alla nostra industria, non recava alcun danno in Roma.

(3) II. 3.

» Stoff *aus dem natürlichen Vorrath des dienenden zu ent-* » *nehmen)* (1) ».

L' Elvers che sebbene non lo dica precisamente, pure parte dall' idea che motivi di necessità hanno fatto sorgere la servitù di acquedotto (2) ribadisce qui lo stesso concetto di una *sostanza mancante* al fondo cui spetta la servitù. Ma per dare un significato pratico alla sua frase e rispondente alle condizioni reali della vita romana, deve intendersi che in questo fondo non vi è alcuna sorgente di acqua: ora nei modici bisogni dell'agricoltura romana restano, come vedemmo, altri mezzi generali di procurarsi l' acqua necessaria prima di ricorrere all'eccezionale soccorso della *servitus aquaeductus*. Nello stesso senso deve spiegarsi il concetto di Teofilo che chiama *bisognoso di acqua* il fondo a cui favore viene costituita la servitù (3). Rimane a vedere se questo bisogno non potesse essere soddisfatto, quantunque meno comodamente, anche senza la servitù medesima.

Anche l'altra osservazione di Elvers che soltanto in questo caso la servitù d' acquedotto contiene la facoltà di avocare a sè l' acqua dal fondo serviente, deve essere prudentemente accolta. È certo che quando io consento che alla mia sorgente venga imposta una servitù di presa d'acqua l'obietto precipuo della concessione è la presa stessa e di fronte alla medesima stanno come accessorie le facoltà riguardanti gli apparecchi di conduzione e l' *iter aquae* dalla sorgente ai confini del mio fondo (4). Ma anche parlando dei fondi intermedi, se di fronte al Diritto romano non si può dimostrar richiesta la prova della concessione e quantità di acqua voluta dal codice nostro (5), tuttavia elemento essenziale dell'*iter aquae* è la facoltà del titolare di avocare a sè una data quantità di acqua. Altrimenti pei fondi intermedi non si parlerebbe più di un *iter aquae*, ma di un semplice *iter* (6).

(1) *O. c.* p. 406.

(2) *O. c.* p. 2, 9 et pas.

(3) « Tu avevi un fondo abbondante di acque, io aveva in vicinanza un » fondo di acque bisognoso etc. » *l. c.*

(4) L. 40 §. 1 D. *de contr. emt.* (XVIII. 1), l. 11 D. *comm. praed.* (VIII. 4).

(5) Art. 602.

(6) La l. 19 pr. D. *quem. serv. am.* che fa dipendere la esistenza della *serv. aq.* dal *rivus* non fa al caso perchè si riferisce solo al criterio del *non*

Avanti di lasciare questo caso è opportuno far cenno di due controversie pratiche e scientifiche cui la *servitus aquaeductus* dette luogo nei libri dei giuristi classici. Getteranno luce sopra lo scopo di questa.

La prima riguarda il *caput aquae* sul quale poteva costituirsi la servitù d'acquedotto; nell'antico Diritto romano si era molto più rigorosi che nel Diritto classico e nel giustinianeo (1). Se in antico essa non poteva costituirsi *nisi ex capite vel ex fonte* doveva essere meno frequente e per nulla adatta a rappresentare il preteso soddisfacimento dei bisogni dei fondi. Era ancor più chiaramente un' eccezione vantaggiosa *per qualche fondo*. L' allargamento propugnato dai giuristi può esser proceduto da una migliore valutazione scientifica della *causa perpetua* delle servitù prediali, ma è pur certo che in pratica dovette ricevere una forte spinta dal desiderio di arricchire di acqua i fondi e le ville caratteristico nella civiltà imperiale romana. Allora la servitù d' acquedotto perdette l' antico rigore per prestarsi alle nuove esigenze (2). Ma si può dire che probabilmente fu allargata piuttosto per accrescere le comodità dei proprietari che per soddisfare più vantaggiosamente i loro bisogni.

L'altra controversia si riferisce alla costituzione di una servitù *ut aquam quaerere et inventam ducere liceat* (3). Prego lo studioso a considerare se dallo scopo di questa forma di servitù recente nel Diritto classico (si ammette quietando gli scrupoli scientifici con un paragone tolto dalle servitù urbane) non traspare la idea di un vantaggio sperato indipendente dal semplice bisogno del fondo. La ricordata brama di fornire di acqua i terreni, a tempo

usus. Piuttosto si deve osservare che tuttavolta il giureconsulto è chiamato ad esaminare la possibilità di talune modificazioni del *rivus* ricerca se *per esse il passaggio dell' acqua reca maggiore incomodo al proprietario del fondo serviente*. L. 3 pr. §. 1, 2 D. *de rivis* (XLIII. 21).

(1) L. 9 D. *de S. P. R*;

(2) Anche **Luden**, *Die Lehre von den Serv.* p. 23 ricorda che i possessori delle superbe ville romane desideravano tutte le possibili amenità. Però si ricordi che quando penetrò nella civiltà romana la smodata brama del lusso, l' istituto della *serv. aq.* aveva già una precisa e compiuta figura giuridica e se con l'ampiezza del suo scopo rispondeva ai nuovi desiderii non giunse però mai ad abbandonare le antiche e pure vedute economiche. (Su ciò cf. lo studio successivo).

(3) L. 10 D. *de S. P. R.*, l. 21 D. *si serv. vind.*

di Labeone non era ancora giunta a determinare questa singolare forma di servitù d' acquedotto che a Paolo omai sembrava naturale (1).

Per l' assenza di proporzione tra la quantità di acqua dovuta al fondo e la misura di questo mi rimetto al §. 8.

δ) Ben più chiaramente volta a scopi di vera utilità ci si presenta quella forma di servitù la quale rappresenta una caratteristica deroga ai principii della naturale vicinanza. Se in genere la servitù nel concetto dei giuristi classici appare come la sostituzione di una vicinanza convenzionale a quella scritta dalla natura stessa nelle condizioni topografiche del suolo, il caso nostro ne offre un esempio ancor più chiaro. Vedemmo sopra che ciascuno nel proprio fondo ha facoltà di fare ciò che più gli piace e quanto all' acqua può, salva una certa distanza dal confine, intraprendere scavi affine di trovarne nel sottosuolo anche se con ciò venga a tagliare le vene della sorgente del vicino. La quistione si era presentata a Procolo (e la sua decisione fu adottata da Ulpiano) in un caso di pratica importanza, nei rapporti, cioè, col *damnum infectum* (2). Nessun proprietario potrebbe pretendere la *cautio damni inf.* perchè il vicino comincia a far scavi nel suo fondo per cercarvi acqua; anzi se il vicino avesse pure promesso di non arrecare alcun danno *(quamvis promissiset damni infecti)* non sarebbe tenuto dalla sua stipulazione in questo caso perocchè egli agisca *iure* anche se tolga a me l' acqua e molto importi distinguere *utrum damnum quis faciat an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur* (3).

(1) Labeone in sostanza ammetteva quella forma di servitù (l. 10 cit.) ma non credeva che con quel substrato potesse già *a priori* costituirsi una *serv. aquaed.* Paolo corregge appunto l'opinione dell'altro (l. 21 cit.).

(2) L. 26 D. *de damn. inf.* (XXXIX. 2). Cf. l. 24 §. 12 eod. tit.

(3) Riguardo alla facoltà del proprietario di un fondo di trattenere sul suo l'acqua piovana o che scenda dai fondi superiori e di fare in genere delle opere che privano di acqua il fondo vicino *(non obstante* — dicono i Decidenti — *quod per mille annos suo naturali cursu fluendo* (aqua) *ingressa esset fundum inferiorem nisi constet id servitutis iure sequutum esse)* bellissimi casi sono nella nostra antica giurisprudenza. **Mascardus**, *De probat.* CXXIII. Anche qui i rigidi principii subivano limitazioni equitative in favore dell' agricoltura e dell' industria. Il Diritto impediva al proprietario del fondo superiore di togliere l' acqua al fondo inferiore, anche senza che esistesse servitù, in quei casi in cui *idem aquae dominus esset etiam dominus fundi infer.* ed avesse ad es. conceduto il fondo inferiore in enfiteusi calcolando nel prezzo anche il vantaggio dell' acqua. **De Luca**, *De serv.*, XCIV. 9.

In una costituzione imperiale trovasi un caso affine. Io aveva una servitù d' acquedotto imposta al tuo fondo: non ne faccio uso da un dato tempo. Se ne è trascorso tanto quanto basta per aver perduto il mio diritto, invano io chiederei che fosse ripristinata la servitù o pretenderei la *cautio d. inf.* nel caso che il proprietario del fondo già serviente *loco proprio facto opere* contenesse l'acqua o facesse in modo che il mio fondo non potesse essere più irrigato (1).

Viceversa io posso valermi della *cautio d. inf.* per timore che il mio diritto venga danneggiato (2) e spingermi anche sino alla *confessoria in rem actio* se mediante servitù ho acquistato il diritto d' impedire al vicino che egli faccia escavazioni nel suo fondo per cercarvi acqua. Tale forma di servitù è possibile anche nel concetto dei giureconsulti romani. Se infatti Paolo aveva insegnato non potersi costituire servitù prediale per coglier pomi o cenare o passeggiare nel fondo altrui (3), e ciò è logica conseguenza dell' interesse richiesto come substrato di una servitù prediale, si sentiva il bisogno di fare un' espressa dichiarazione circa l'ammissibilità della nostra forma di servitù. Pomponio osserva esser impossibile costituire una servitù *ne per fundum tuum eas aut ibi consistas* etc., ma aggiunge subito: *aliter atque si concedas mihi ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere non minuendae aquae meae gratia* (4). Ulpiano conferma la possibilità di questa giuridica figura (5).

Sarebbe difficile trovare in questa *servitus prohibendi* (6) o di divieto, come dicono i pratici, il puro soddisfacimento di un bisogno mentre è un caso dove a ragione Procolo aveva detto ricorrere un lucro per colui a cui favore venisse tralasciata l'escavazione intrapresa dal vicino nel proprio fondo per cercarvi acqua.

(1) L. 10 C. *de serv.*

(2) **Arndts-Serafini,** §. 328 nota 4. **Windscheid,** §. 459.

(3) L. 8 D. *de serv.*

(4) L. 15 pr. D. h. t.

(5) L. 1 §. 28 D. *de aq. quot. et aest. Servitus aquam non quaerendi* secondo **Kuntze,** *Instit.* §. 532.

(6) È noto che lo **Stever,** *De serv.* §. 7 e **Vangerow,** *Pand.* §. 339 identificano la *servitus urb. praed.* con la *servitus* da loro detta *habendi et prohibendi.* Non capisco come si potrebbe convertire questa servitù di divieto in una *servitus faciendi* (rustica) a quella guisa che **Vangerow** ha fatto per la *servitus aquaed.*

ε) Se di regola non si può fare un' immissione di acqua nel fondo del vicino altro che secondo lo stato naturale dei terreni (1), può tuttavia stabilirsi una servitù che mi dia il diritto di immettere artificialmente l' acqua stessa (2). A tal caso alludono Paolo, Ofilio e Labeone:

« Illud etiam verum puto, quod Ofilius scribit: si fundus tuus vicino serviat et propterea aquam recipiat, cessare aquae pluviae arcendae actionem: sic tamen si non ultra modum noceat. Cui consequens est quod Labeo putat: si quis vicino cesserit, ius ei esse aquam immitere: aquae pluviae arcendae eum agere non posse (3).

Io non comprendo come l' Elvers (4) trovi qui una servitù negativa per la quale il proprietario del fondo inferiore avrebbe diritto di impedire a quello del fondo superiore d' immettere acqua secondo l' ordine naturale dei terreni e senza alcun artificio. Ostano manifestamente le parole del testo, come ben dice l' egregio Ruggieri (5). Piuttosto io credo che il citato frammento contenga due casi. Il primo è generico e può riferirsi ad una conduzione di acqua che attraversi il fondo in questione: ad un *iter aquae* insomma. L' ammettere in questo caso in via generale l' *a. a. pluv. arc.* sarebbe contradditorio allo scopo della servitù: tuttavia per eccezione potrà ammettersi affinchè la servitù sia esercitata *civiliter* (6), ossia non *noceat ultra modum* e ciò può accadere benissimo per soverchia immissione, per aggiunta di aqua piovana *opere manufacto* a quella che si ha diritto di condurre etc. (7). Un esempio ce lo offre Paolo stesso in un altro frammento che sotto vedremo (8).

(1) L. 1 §. 1, 13 D. *de aq. et aq. pluv. arc. act.*

(2) *Servitus aquae immittendae* secondo **Keller**, §. 166. *Serv. aquam educendi* ovvero *in fundum immittendi* secondo **Sintenis**, §. 63. Il **Westphal**, *De lib. et serv. praed.* §. 617 la pose a dirittura sotto il nome di *aquaeductus* seguito dal **Glück**, *Pand.* X p. 191 e questa idea sembra divisa dal **Gianzana**, *Dig. ital.* acque p. 479. **Keller**, *l. c.* a ragione osserva che tale estensione del concetto romano *aquaeductus* è arbitraria per le fonti nostre.

(3) L. 2 §. 10 h. t.

(4) *Servitut* p. 418. Della forma di servitù ideata dall'A. non tengo parola perchè non mi appare nel Diritto classico.

(5) *Sugli uffici* ecc. p. 25.

(6) L. 9 D. *de serv.*

(7) « Suus cuique servituti modus est et vitiosum ubique est, quod nimium » **Cujacius**, *Opp.* V p. 1065.

(8) L. 29 D. *de S. P. R.*

Il secondo caso (incomincia con le parole *Cui consequens est* etc.) è quello di un proprietario che ha ceduto al vicino il diritto d' immettere acqua, artificialmente s' intende: altrimenti non vi era bisogno della servitù. La limitazione *sic tamen si non ultra modum noceat* si riferisce al primo caso, ma forse, malgrado la recisa asserzione di Labeone, ha luogo talvolta anche nel secondo.

Per valutare esattamente lo scopo di necessità o di utilità pel fondo nella figura giuridica di servitù che ci si presenta in questo secondo caso è d' uopo vedere in qual rapporto stanno con essa le *fossae agrorum siccandorum causa*. Infatti l'immissione artificiale tende ad uno scarico delle acque. Nella dottrina delle limitazioni dell'*a. a. pluv. arc.* sopra ricordata (1) entrano pure le dette *fossae*. Dicesi infatti:

« Sed et fossas agrorum siccandorum causa factas, Mucius ait fundi colendi causa fieri: non tamen (oportere) corrivandae aquae causa fieri: sic enim debere quem meliorem agrum suum facere, ne vicini deteriorem faciat (2) ».

Il dubbio si presenta al giureconsulto appunto perchè, secondo la massima da noi veduta, *quod agri colendi causa factum est* resta esclusa dall' *a. a. pluv. arc.* (3). Può dunque il coltivatore scavar fosse per scaricare le acque del proprio fondo? Fosse di tal genere vengono ricordate anche dagli agrimensori (4) e per vero dire questi non mostrano che siano cose eccedenti la libera attività del colono dentro il proprio fondo. Mucio è d'opinione che si possano fare queste fosse per la coltura del campo dacchè rientrano nelle limitazioni dell'*a. a. pluv. arc.* Sembra quindi che senza bisogno di speciale servitù possa darsi un certo scolo necessario alla cultura del fondo. Vi è però un' apparente antinomia tra questo frammento ed uno di Paolo, la quale, sfuggita ad altri, dovea colpirmi per l' indole della mia ricerca. Egli accenna un caso dove è fatta facoltà al proprietario del fondo superiore, mediante apposita costituzione di servitù, *ut aquam sulco aperto educere in fundum inferiorem recte liceat* (5). In questi termini potrebbe trattarsi di

(1) §. 5.
(2) L. 1 §. 4 D. *de aq. et aq. pluv. arc.*
(3) L. 1 §. 15 h. t.
(4) **Siculus,** p. 148.
(5) L. 29 D. *de S. P. R.*

una immissione artificiale di acqua, come nell' altro frammento di Paolo sopra riferito (1), nè vi sarebbe difficoltà. Però il giureconsulto ebbe a risolvere il caso che detto proprietario del fondo superiore ricevendo acqua da un altro fondo volesse immettere anche questa nell' inferiore e rispose: la immissione doversi limitare al prosciugamento del fondo in questione *(nihil amplius quam quod ipsius fundi siccandi causa derivaret vicinum inferiorem recipere debere)*. È vero che qui Paolo ha forse l'intendimento di applicare il principio che la possibilità giuridica di una servitù si ritrova nella sua connessione con l' interesse di un dato fondo: pure le sue parole mostrano insieme che il prosciugamento avviene mediante una servitù. D'altra parte egli in altro luogo riferendo l' insegnamento di Labeone parla di una *fossa vetus agrorum siccandorum causa* la cui esistenza è legittimata dalla *vetustas* (2): trattasi perciò di qualche cosa che eccede la libera attività del proprietario di un fondo. Aveva dunque torto Mucio dicendo che le *fossae agr. siccand. causa* rientrano nelle opere che il colono fa *agri colendi causa* e perciò restano escluse da ogni pretesa ostativa del vicino? Credo che anche, senza esistenza di servitù d' immissione artificiale, cessi l' *actio aquae pluv. arc.* (coerentemente alle massime a questa relative circa alla libertà da lasciarsi per causa della cultura del fondo (3)) nel caso che le fosse essicatorie non sieno di tale entità da produrre una *corrivatio* come si rileva dalle parole: *non tamen (oportere) corrivandae aquae causa fieri* (4). Un modico sistema di piccole fosse essicatorie pei bisogni del fondo è permesso: per un ampio prosciugamento entra la *servitus* connessa appunto con la derivazione. Nell' altro frammento Paolo parla appunto di questa *(fundi siccandi causa derivaret)*. Così sparisce ogni antinomia. D'altra parte l'ammissione dell' *actio aq. pluv. arc.* è subordinata alla circostanza del danno che per la mia opera viene a risentire il vicino (5) e bisogna ben distinguere un piccolo incomodo più apparente che reale, da un vero e proprio

(1) L. 2 §. 10 D. *de aq. et aq. pluv. arc.*

(2) L. 2 §. 1 D. h. t.

(3) L. 1 §. 5, 8, 15; l. 24 pr. e §. 1 D. h. t.

(4) In appoggio a questa interpretazione dirò che l' identico criterio è seguito da Ulpiano nella l. 3 pr. D. h. t. *(si tamen aqua corrivat)* in un altro caso di necessaria immissione di acqua in parte artificiale, ma senza servitù.

(5) L. 1 §. 2, 17 h. t.

danno: ciò tanto più quando deriva dalla necessità della coltivazione e dal bisogno di non vincolare soverchiamente l' attività del coltivatore. Infine una certa essiccazione del fondo potrebbe ottenersi anche per mezzo di solchi, che in sostanza possono far l' ufficio di piccoli fossi, e in questo caso una modica immissione di acqua nel fondo del vicino o meglio nelle fossi comuni non può essere vietata come si raccoglie dalla testuale decisione di Alfeno (1).

B. La *servitus aquae haustus* rappresenta evidentemente una pura comodità. È vero che il Diritto greco aveva stabilito che il proprietario dopo aver cercato inutilmente acqua nel suo fondo potesse attingerne la necessaria quantità al pozzo del vicino (2) e tale disposizione non sembra riprodotta nel Diritto romano. Tuttavia anche nel Diritto greco è una vera e propria eccezione dovuta alle speciali condizioni topografiche del fondo (3). Il proprietario romano doveva avere, come vedemmo, un pozzo o una cisterna nel proprio fondo e in ultima ipotesi poteva ricorrere ai pozzi o alle fontane vicinali. Rimpetto a queste possibilità l'eccezionale *servitus aquae haustus* conferisce un mero vantaggio.

C. Ciascuno può condurre il gregge ad abbeverarsi al fiume pubblico e può costruire opportuni abbeveratoi nel proprio fondo. Se gli compete una *servitus pecoris ad aquam appulsus* non fa che arrecargli una comodità.

§. 7. In questo paragrafo dobbiamo fare alcuni confronti col Diritto moderno in relazione agli intendimenti della nostra ricerca.

(1) L. 24 pr. D. h. t. — Del resto una certa oscillanza di opinioni nel titolo *de aqua pluv. arc.* si deve appunto a quel bisogno di contemperamento sopra accennato e alla circostanza che siamo di fronte a casi da decidersi piuttosto colla equità e colle antiche consuetudini che col diritto. È indubitato che il *limes* e la *fossa limitalis* comune doveva bastare quasi sempre a prosciugare i vari campi che divideva. Un antico scolio ad **Virg.** *Georg.* I v. 126 (riferito dal **Voigt**, *o. c.* p. 11 nota 20) dice: « limes, fossa in agro quae inutilem concepit pluviam ».

(2) **Plato,** *Leg.* VII p. 415.

(3) Secondo **Telfy**, *Corpus iuris attici* n. 1462 il Diritto greco dava facoltà al cittadino di attingere due volte al giorno al pozzo del vicino dopo aver cercato inutilmente l' acqua nel proprio fondo *sino ad una profondità di dieci metri.* **Plato,** *l. c.* allude esplicitamente ad eccezionali qualità del terreno. — Il criterio del *pozzo necessario* ritrovasi poi nella nostra antica giurisprudenza **De Luca**, *De serv.* XXXII n. 11.

Chi getta l' occhio sui moderni codici e sulle moderne leggi speciali resta colpito da un complesso sistema di norme riguardanti le acque e la vicinanza in materia di fossi, rivi, sorgenti etc. Gran parte di queste norme sono raggruppate sotto l' ibrido concetto di *servitù legali sulle acque*, nè è raro che la scienza moderna si vanti di aver completato il concetto di servitù prediale essendosi limitati, dicesi (1), i Romani a parlare delle servitù contrattuali. Forse poi accadrà ad essa scienza quello che accadde ai giuristi tedeschi i quali sostenevano esser una gloria del Diritto germanico l'aver completato il Diritto romano (che si diceva rimasto a mezza strada) mediante l' abolizione del principio: *servitus in fac. consist. nequit.* Oggi tutti riconoscono tutto il loro equivoco (2).

Il concetto di servitù legale è rigettato oggi dai più autorevoli romanisti (3) e coloro stessi che di fronte al Diritto odierno son costretti in qualche modo ad accettarlo lasciano comprendere che il medesimo è privo di esattezza scientifica (4).

Il Rosshirt facendo la storia dei dogmi nella dottrina delle servitù riconosce lo sbaglio che vi si trova per aver confuso in un sol genere le limitazioni della proprietà che naturalmente e necessariamente derivano da lei e quelle limitazioni che danno vita a *proprii, sostanziali ed artificiali diritti* che diconsi servitù (5). Egli poi non indica i motivi e la probabile età di questa confusione. Siccome negli antichi giuristi essa non esiste o per lo meno non è ancora molto accettata (6), così non è improbabile che la confusione medesima sia derivata da uno dei tanti dannosi influssi della *scuola del Diritto naturale* sul Diritto romano. Questa con-

(1) Di ciò nel successivo studio (IV).

(2) **Vangerow**, §. 340.

(3) **Windscheid**, §. 169 nota 2. È molto interessante a ricordare che ora **Voigt**, *Die XII Taf.* II p. 396 insegna che anco nel vetusto Diritto romano i rapporti necessari della vicinanza furono ravvisati sotto un aspetto giuridico affatto diverso da quello delle servitù prediale.

(4) **Jousselin**, *Serv. d'util. publ.* I p. 9, 12, **Demolombe**, *Cod. civ.* II. 4 n.° 8. **Pacifici-Mazzoni**, *Serv. leg.* n.° 1-6. **Foschini**, *Teor. delle acque* art. 532.

(5) *Dogmengeschichte* p. 225.

(6) **Caepolla**, *De serv. urb. praed.* II. 6. **Vinnius**, *Instit. de serv.* §. 1 n.° 4. Anche il **Pothier**, *Sec. app. au contr. de soc.* parla di obbligazioni nascenti dal quasi contratto della vicinanza, non di servitù legali.

siderava infatti come servitù qualunque restrizione anco necessariamente apportata dal legislatore all' assoluto ed astratto diritto di proprietà (1). Così soltanto si può arrivare a chiamar servitù le imprescindibili limitazioni legali della proprietà.

La scienza tedesca che vanta dotte monografie sulla vicinanza, si è laboriosamente posta alla costruzione dogmatica del concetto di servitù e sembra aver abbandonato le sottigliezze di cui prima ci compiaceva (2) per muovere invece da un sicuro punto di vista che è quello stesso che sopra accennai di voler seguire (3). Per dire che è cosa è servitù prediale conviene anzitutto stabilire quale è il concetto e l' estensione della dottrina della vicinanza indipendente dal patto. A questo proposito mi piace riferire le osservazioni del Ihering e del Hesse.

Il Ihering osserva: « La costituzione di una servitù pre» diale dipende dal buon volere del vicino; però il diritto non » deve rimettere al buon volere dei vicini la possibilità di un sop» portabile rapporto tra i medesimi. Ciò che assolutamente è ne» cessario e indispensabile deve essere garantito sicuramente me» diante la legge. Così di fronte al sistema della libera configura» zione del rapporto di vicinanza nella forma di servitù prediale » sorge quello del legale regolamento del medesimo per mezzo delle » limitazioni legali della proprietà: quello calcolato in base alla » individuale valutazione del bisogno, della comodità, della grade» volezza etc., questo in base alla assicurazione di quanto general» mente è necessario e indispensabile (4) ».

(1) **Bachovius,** *ad Treutl.* I disp. 17 th. 2.

(2) *Arch. giur.* XXVII p. 251.

(3) §. 2.

(4) *Iahrbüch. für die Dogm.* VI p. 97. La scienza italiana in taluno de' suoi riputati cultori tende piuttosto a identificare la servitù prediale con la regola generale della coesistenza superficiaria rappresentando in quella l' unico mezzo di evitare gli inconvenienti di un rigido ed illimitato diritto di proprietà: **Borsari,** *Cod. civ.* §. 1070. Anche **Traina,** *Serv. leg. sulle acque* p. 5 vede nella servitù prediale l' equilibrio stabilito dalla legge tra il diritto di ogni singolo proprietario e l' interesse generale. **Scialoja,** *l. c.* p. 439 segue invece l' esatto criterio dei romanisti che senza bisogno di servitù sono permesse certe azioni di un proprietario che operano oltre i confini del suo fondo per la necessaria coerenza delle possessioni, ma soggiunge: « il criterio per decidere se » quegli atti si debbono o non si debbono tollerare.... deve essere tolto.... dalla

Il Hesse risale ad un punto di vista anche più generale. Egli infatti soggiunge: « La divisione della superficie terrestre in fondi » non è naturale: soltanto l'uomo attua una divisione del suolo in » separati oggetti. Questa divisione consiste principalmente in una » linea ideale (confine) che solo mediante segni esteriori (segni del » confine) viene presentata in modo riconoscibile. Questa (ideale) » divisione in fondi non abolisce nè la coerenza del suolo, nè quella » dell'aria: ed è appunto questa coerenza che di nuovo costringe il » proprietario del suolo a sopportare qualche cosa (1) ».

Ha torto però il Baron quando accennando questa arbitraria divisione del suolo la mostra causa della servitù prediale per lo scambio dei necessari servigi (2). Il Diritto vi ha pensato sottraendo all'arbitrio individuale il necessario scambio dei servigi senza bisogno di alcuna servitù prediale. È un' idea falsa chiamare servitù ciò che non implica una sottoposizione di un fondo all' altro, ma costituisce piuttosto una regola generale della proprietà. Adunque non si tratta di *servitù legali*, ma di legali limitazioni (apparenti e non reali) della proprietà, di vicinanza regolata dal Diritto. Questa parte del Diritto è mobile al pari delle altre e forse in grado maggiore: onde oggi ha acquistato una grande ampiezza per le cause che accenneremo.

Appunto per questa maggiore ampiezza, tre delle cinque forme di servitù relative alle acque da noi ritrovate nel Diritto classico sono venute meno nel Diritto nostro. Oggi che ho facoltà di attraversare coattivamente gli altrui fondi con una conduzione di acqua affine di giungere al mio (3) non dobbiamo più registrare i due casi esposti sotto le lettere α e β. Pure la possibilità di simili figure giuridiche di vera servitù d'acquedotto non è forse del tutto esclusa

» oggettiva e normale *utilità o inutilità dell'atto* ». Malgrado la frase, mi sembra dal complesso che veda anch' egli il limite di questi atti nel puro necessario. Già il **Romagnosi**, *Ragion civile delle acque* Pren. §. 3 stimò che tutte le cause costitutive di servitù possano ridursi alla volontà: però vide nella legge la volontà imperata. È certo che egli chiamò le così dette servitù naturali *ufficii prediali*. Il principio enunciato dal **Hesse** può benissimo ridursi ad una facile nozione da esporsi nelle istituzioni (Cf. **Serafini**, *Istit.* §. 17) dicendo che la divisione di una cosa non sempre fa cessare la coesione fisica della medesima: quindi lascia sussistere inevitabili rapporti giuridici tra le parti di questa.

(1) *Iahrb. für die Dogm.* VI p. 383.

(2) *Pand.* §. 157 a. Cf. *Arch. giur.* XXV p. 356.

(3) *Cod. civ. ital.* art. 598-604.

dal Diritto nostro quando si vogliano eccedere, per maggiore comodità, i limiti fissati dalla legge e si sostituisca ad essi il libero accordo delle parti. Allo stesso modo la servitù dello scarico coattivo attraverso gli altrui fondi (1) ha reso inutile la servitù da noi esaminata sotto la lettera ε, salva oggi pure una configurazione contrattuale della medesima eccedendo i limiti della legge.

Nessun dubbio adunque che oggi la servitù prediale, quella che il codice chiama imposta *per fatto dell'uomo* (2), rappresenta una pura utilità eccedente il bisogno cui il codice stesso ha già provveduto *(servitù legale)*. Ma appunto si potrebbe obiettare contro la mia tesi che viceversa nell' antico Diritto, mancando quelle larghe facoltà che vediamo attribuite riguardo alle acque dal Diritto nostro, la servitù d' acquedotto doveva apparire necessaria in casi nei quali oggi evidentemente è soltanto utile.

Sarebbe un errore il crederlo. La vicinanza fissata dal Diritto ha per limite il necessario ed indispensabile, ma questo criterio, a somiglianza degli altri, non è assoluto; esso varia secondo le età in ragione dello svolgimento dell'industria agricola e manifatturiera, del maggiore impiego del capitale, del venir meno di un troppo egoistico concetto della proprietà privata e del diffondersi l' altro della funzione sociale di questa.

In sostanza nel Diritto comune i rapporti di vicinanza erano rimasti regolati dai principii romani (3); tuttavia si accennava di già assai chiara la tendenza a temperare il troppo rigido principio romano della proprietà in vista dell' interesse collettivo che presenta l' acqua per le industrie (4) o la generale coltura delle terre (5). La dottrina della vicinanza si allargava insomma tenendo conto dei nuovi bisogni e saldando i principii del Diritto romano coi principii statutarî (6) e con quelli degli editti marchionali (7). Ebbe torto quindi il Gide, del resto così benevolo verso la nostra legislazione, allor-

(1) Art. 609.
(2) Art 616.
(3) **Sabelli,** *Summa div. tract.* §. aqua
(4) **De Luca,** *De serv.* XXVIII. 3. 4.
(5) Cf. la dotta decisione della Rota fiorentina. *Thes. Dec. Rot. flor.* XII. D. 37.
(6) **Pecchius,** *De serv. rust.* c. IX q. 36 n. 124.
(7) **Gobius,** *De aquis.* quaest. II n. 20

chè diceva che al di fuori del circolo inflessibile tracciato dal genio stretto e duro dell'antica Roma, la vecchia scienza giuridica non scorgeva altro che usi grossolani, costumi barbari appena degni del nome di leggi (1). Al contrario i nostri giuristi cominciando pure dai glossatori hanno rispettato le nuove consuetudini (2) e le hanno prudentemente combinate col Diritto romano: nei loro atti in folio, oggi sì trascurati ed a cui tanto confesso di esser debitore, si scorge un continuo adattamento del Diritto romano ai nuovi bisogni.

La dottrina della vicinanza in materia di acque come in genere la dottrina delle acque irrigue è recentissima: è noto quanta parte vi abbia arrecato l'Italia anche nei moderni tempi con le famose opere del Romagnosi e del Giovanetti. Fra noi pure, sebbene le traccie dell'acquedotto coattivo risalgano al secolo XII (3), ciò deve dirsi solo di alcune regioni perchè ad es. in Sicilia venne introdotto solo il 1° marzo 1860 (4). Nullameno appunto per le ottime basi statutarie e consuetudinarie la dottrina delle acque nel Diritto italiano è superiore a quella degli altri paesi. Nel Diritto tedesco infatti vi è molta incertezza in proposito (5). In Francia la dottrina medesima è recentissima (6) e non sembra avere una base nelle antiche consuetudini quantunque taluno lo affermi, contradetto però da molti ed autorevoli giuristi quali il Duranton, il Dalloz, il Jousselin etc. (7).

Forse nei tempi e nei luoghi dove non vigevano gli odierni principii sulle acque appariva necessaria la vera e convenzionale servitù d'acquedotto? No: mancava piuttosto quel vivo interesse industriale ed agricolo che oggi ispira i codici: allora i proprietari non sapevano valersi della servitù stessa, nè la coscienza giuridica era mossa da tale interesse che inducesse a sanzionare nuove ed ardite limitazioni legali della proprietà.

Ricordiamo le condizioni in cui si svolse il Diritto classico e troveremo che il criterio di ciò che allora appariva necessario nei

(1) *De la legislat. civ. dans le nouv. roy. d' Italie* p. 9.

(2) Fu il Diritto canonico che scemava la forza della consuetudine. *Arch. giur.* XXVI p. 421.

(3) **Pertile,** *Storia del dir. ital.* IV p. 344-51.

(4) **Traina,** *o. c.* p. 9 nota 2.

(5) V. sopra, p. 39 nota 3.

(6) **Ballot,** *Rev. prat. de Dr. franc.* V p. 49, 406.

(7) **Traina,** *o. c.* p. 10.

rapporti della vicinanza agricola era scrupolosamente seguìto nelle regole del terreno limitato *(lex agri)*, nei *quinque pedes* tra ogni campo ancorchè arcifinio, nelle eccezioni fatte all' *actio aq. pluv. arc.* e all' interdetto *quod vi*, nelle concessioni di acqua pubblica etc. Se nuovi bisogni fossero apparsi nel mondo romano, avrebbero pure modificato taluni sentimenti largamente operosi nella relativa coscienza giuridica.

Il concetto della proprietà era assoluto, egoistico, connesso primordialmente all' esclusivo interesse individuale: onde il bisogno di temperamenti *equitativi* che neppure nella loro forma più semplice apparivano come norme giuridiche a quella guisa che oggi si concepiscono (1). La rigidità dell'antico *dominium ex iure quiritium* è ben nota: esso estendesi, secondo l'esatta frase della scuola, *usque ad superos et usque ad inferos;* la più piccola attività del vicino che oltrepassasse i confini del suo fondo dava luogo a speciali rimedi e poteva cadere facilmente nel concetto di *iniuria* (2). Onde a ragione osserva lo Schveppe che i limiti imposti alla proprietà individuale sembravano *giuridicamente impossibili* (3). Tuttavia si vide sopra che il criterio della necessità aveva determinato delle vicendevoli limitazioni del diritto dei proprietari limitrofi.

Oggi questo criterio del bisogno si è allargato per le mutate condizioni economiche: il diritto di proprietà individuale è violentemente attaccato; coloro stessi che lo difendono non possono però respingere certi suoi necessari temperamenti in vista dell' interesse collettivo. I quali appariscono oggi strettamente giuridici; in ispecie in materia di acqua sono rilevanti sì che il Foschini, il quale pure inclina a rigettare il falso concetto di servitù legale sostituendovi l' altro più scientifico di limitazioni legali della proprietà, confessa che in fatto di acque la legge sembra creare delle vere servitù (4). Credo però che anche in tal caso non si debba parlare che di limitazioni generali della proprietà fatte nell' interesse sociale. Sono insomma una regola dello svolgimento del diritto individuale posto dallo Stato in quell' armonia col diritto sociale che oggi si reputa

(1) « haec aequitas suggerit etsi iure deficiamur » l. 2 §. 5 D. *de aq. et aq. pluv. arc.*

(2) L. 13 §. 7 D. *de iniur.* (XLVII. 10).

(3) *Das roem. Privatrecht* II §. 280.

(4) *Teor. delle acque* p. 43.

atta al conseguimento del benessere dell' individuo e della società. Qui trovasi appunto una riprova della connessione tra il diritto e la coscienza del popolo in ogni periodo storico. Lo Stato che in Roma sembra non potesse neppure espropriare terreni per causa di pubblica utilità e s' immischiò nelle regole della vicinanza assai meno che in Grecia (1) è oggi reso forte dal sentimento dell' accordo dell' interesse collettivo coll' interesse individuale. Il Diritto privato ha già accolto da assai tempo quel principio che la filosofia oggi vuol definire insegnando essere la società civile un completo e vero organismo. L'accennato accordo che la moderna scienza desidera e ricerca ora sotto l' aspetto politico, ora sotto l' aspetto economico, si presenta pure sotto una forma strettamente giuridica in varie parti del Diritto privato, in ispecie in questa delle acque (2).

CAPITOLO III.

Lo scopo della servitus aquaeductus.

§. 8. Considerando adesso sotto un aspetto complessivo la *servitus aquaeductus* è opportuno ricordare brevemente (salvo ad esporli poi sotto un punto di vista più generale) certi principî del Diritto classico che completeranno la dimostrazione dello scopo della medesima. Seguendo il metodo sopra usato ci fermeremo ai seguenti punti:

1.° la *servitus aquaeductus* anche nel suo tipo primitivo oltrepassa il limite del bisogno;

2.° è una qualità utile del fondo senza proporzione con l' ampiezza e i bisogni di questo;

3.° i giureconsulti escludono per essa il criterio della necessità cercando invece quello della connessione col fondo;

4.° può dirsi tuttavia un più comodo soddisfacimento dei bisogni di un fondo;

(1) **Plato,** *l. c.*

(2) **Giovannetti,** *Du regime des eaux* §. III ove si espone in sostanza il principio del **Romagnosi.**

5.° il criterio del puro necessario è seguito per essa solo sussidiariamente quando non sia, nè risulti definita la quantità dell' acqua concessa.

1.° Nei modici bisogni di acqua proprii dell' agricoltura romana, ove l' istituto della servitù prediale fosse sorto per soddisfare le piccole necessità dei fondi, il Diritto doveva renderne più facile e meno stretta da rigorosi limiti la costituzione. Invece molte concessioni di acqua che un proprietario fa all' altro potevano rimanere nella sfera del contratto, ma non assumevano il singolare carattere di diritto reale: quanto più rimontiamo all' antico Diritto romano ove si è formato il tipo primitivo della *servitus aquaeductus*, tanto più troviamo ristretta la possibilità di questa per le regole sul *caput aquae* (1). L' Elvers, sebbene ad altro proposito, fa giustamente osservare che l' istessa parola *aquaeductus* accenna ad una non esigua quantità di acqua (2) nè è improbabile che somigli in qualche modo alle conduzioni pubbliche che egualmente dicevansi *aquaeductus* o *aquaeductiones*: per lo meno vi è una certa affinità giuridica tra i privati ed i pubblici *aquaeductus* (3). Se nei primordi della civiltà romana non si valutava ancora l' acqua per le pure comodità della vita, come ad es. pei *salientes rivi* di cui fa cenno Palladio, è certo però che se ne apprezzava l' importanza per l' agricoltura e per l' abbeveramento degli animali e dei coloni: onde è facile supporre che se si trovava un vicino pronto a costituire una servitù in favore dell' altro, questi vi ricorreva molto volentieri trovandovi un vantaggio per la quantità di acqua che veniva ad aggiungersi a quella che egli in diverso modo avrebbe potuto procurarsi ed insieme un più comodo soddisfacimento dei bisogni del fondo.

(1) Lo vedemmo sopra. E mi preme osservare che **Voigt**, *Ueber Bestand* etc. p. 15 il quale dice apertamente la *servitus itineris* non essere stata necessaria e doversi invece assegnare una grande importanza pei bisogni agricoli alla *serv. aquaeductus*, soggiunge però tosto: « Tuttavia anche la ricorrenza » delle servitù sulle acque non poteva esser molto frequente perocchè la loro » attuazione era molto diminuita per mezzo della limitazione di fatto della presa » dell' acqua solo dalla sorgente ».

(2) *O. c.* p. 164.

(3) **Elvers**, *o. c.* p. 10.

2.° È noto che le servitù diconsi qualità del fondo; ma si dimentica poi da taluni che esse sono semplicemente qualità *utili* artificialmente create nel fondo dominante (1). È per questo che il contenuto della servitù non è in alcuna proporzione con l' ampiezza e i bisogni del fondo. Questa asserzione sembrerà a primo aspetto un paradosso molto più che il Vangerow con piena sicurezza soggiunge: « La concessione fatta mediante la servitù prediale non può oltrepassare il bisogno del fondo dominante. In » ogni caso deve sempre tenersi fermo il principio che una servitù » reale può esser costituita soltanto allo scopo di prevvedere ad un » bisogno del fondo dominante e quando si desideri di più bisogna » provvedervi mediante conclusione di obbligazioni o costituzione » di servitù personale (2) ». Tutto il nodo della questione sta nel definire il concetto del bisogno, come poi vedremo. Sembra però a me che il Diritto romano non abbia collegato la servitù prediale al bisogno (puro necessario) del fondo dominante.

Il bisogno dell' acqua proprio di un fondo si giudica anzitutto dall' ampiezza del medesimo; perciò nelle concessioni di acqua pubblica, questa doveva dividersi *pro modum possessionum ad irrigandos agros* (3). Al contrario dell' acqua proveniente da una servitù d' acqua proveniente da una servitù d' acquedotto dicesi:

« Non modus praediorum, sed servitus aquae ducendae terminum facit (4) ».

Il Donello interpretando questo frammento (5) lo applica al caso che taluno avendo una servitù d' acquedotto pretendesse poi di accrescere la quantità di acqua a lui dovuta non bastandogli per le necessità dei suoi fondi. Egli non può far valere giuridicamente questa sua pretesa *quia non modus praediorum, sed servitus spectanda est.* Allo stesso modo il Molitor (6) interpreta il frammento citato nel senso che soltanto il titolo decide della estensione

(1) L. 86 D. *de V. S.* (L. 16). Sono però *qualitates* recanti una *melior causa* pel fondo l. 6. §. 1. D. *de S. P. R.*

(2) *Pand.* §. 340.

(3) L. 17. D. *de S. P. R.*

(4) L. 12. C. *de serv.*

(5) *Comm.* ad *h. l.* Questa interpretazione è appoggiata anche dai Basilici LVIII. 7. 5.

(6) *O. c.* p. 362.

5.° il criterio del puro necessario è seguito per essa solo sussidiariamente quando non sia, nè risulti definita la quantità dell' acqua concessa.

1.° Nei modici bisogni di acqua proprii dell' agricoltura romana, ove l' istituto della servitù prediale fosse sorto per soddisfare le piccole necessità dei fondi, il Diritto doveva renderne più facile e meno stretta da rigorosi limiti la costituzione. Invece molte concessioni di acqua che un proprietario fa all' altro potevano rimanere nella sfera del contratto, ma non assumevano il singolare carattere di diritto reale: quanto più rimontiamo all' antico Diritto romano ove si è formato il tipo primitivo della *servitus aquaeductus*, tanto più troviamo ristretta la possibilità di questa per le regole sul *caput aquae* (1). L' Elvers, sebbene ad altro proposito, fa giustamente osservare che l' istessa parola *aquaeductus* accenna ad una non esigua quantità di acqua (2) nè è improbabile che somigli in qualche modo alle conduzioni pubbliche che egualmente dicevansi *aquaeductus* o *aquaeductiones*: per lo meno vi è una certa affinità giuridica tra i privati ed i pubblici *aquaeductus* (3). Se nei primordi della civiltà romana non si valutava ancora l' acqua per le pure comodità della vita, come ad es. pei *salientes rivi* di cui fa cenno Palladio, è certo però che se ne apprezzava l' importanza per l' agricoltura e per l' abbeveramento degli animali e dei coloni: onde è facile supporre che se si trovava un vicino pronto a costituire una servitù in favore dell' altro, questi vi ricorreva molto volentieri trovandovi un vantaggio per la quantità di acqua che veniva ad aggiungersi a quella che egli in diverso modo avrebbe potuto procurarsi ed insieme un più comodo soddisfacimento dei bisogni del fondo.

(1) Lo vedemmo sopra. E mi preme osservare che **Voigt**, *Ueber Bestand* etc. p. 15 il quale dice apertamente la *servitus itineris* non essere stata necessaria e doversi invece assegnare una grande importanza pei bisogni agricoli alla *serv. aquaeductus*, soggiunge però tosto: « Tuttavia anche la ricorrenza » delle servitù sulle acque non poteva esser molto frequente perocchè la loro » attuazione era molto diminuita per mezzo della limitazione di fatto della presa » dell' acqua solo dalla sorgente ».

(2) *O. c.* p. 164.

(3) **Elvers**, *o. c.* p. 10.

2.° È noto che le servitù diconsi qualità del fondo; ma si dimentica poi da taluni che esse sono semplicemente qualità *utili* artificialmente create nel fondo dominante (1). È per questo che il contenuto della servitù non è in alcuna proporzione con l'ampiezza e i bisogni del fondo. Questa asserzione sembrerà a primo aspetto un paradosso molto più che il Vangerow con piena sicurezza soggiunge: « La concessione fatta mediante la servitù prediale non può oltrepassare il bisogno del fondo dominante. In » ogni caso deve sempre tenersi fermo il principio che una servitù » reale può esser costituita soltanto allo scopo di prevvedere ad un » bisogno del fondo dominante e quando si desideri di più bisogna » provvedervi mediante conclusione di obbligazioni o costituzione » di servitù personale (2) ». Tutto il nodo della questione sta nel definire il concetto del bisogno, come poi vedremo. Sembra però a me che il Diritto romano non abbia collegato la servitù prediale al bisogno (puro necessario) del fondo dominante.

Il bisogno dell'acqua proprio di un fondo si giudica anzitutto dall'ampiezza del medesimo; perciò nelle concessioni di acqua pubblica, questa doveva dividersi *pro modum possessionum ad irrigandos agros* (3). Al contrario dell'acqua proveniente da una servitù d'acqua proveniente da una servitù d'acquedotto dicesi:

« Non modus praediorum, sed servitus aquae ducendae terminum facit (4) ».

Il Donello interpretando questo frammento (5) lo applica al caso che taluno avendo una servitù d'acquedotto pretendesse poi di accrescere la quantità di acqua a lui dovuta non bastandogli per le necessità dei suoi fondi. Egli non può far valere giuridicamente questa sua pretesa *quia non modus praediorum, sed servitus spectanda est.* Allo stesso modo il Molitor (6) interpreta il frammento citato nel senso che soltanto il titolo decide della estensione

(1) L. 86 D. *de V. S.* (L. 16). Sono però *qualitates* recanti una *melior causa* pel fondo l. 6. §. 1. D. *de S. P. R.*

(2) *Pand.* §. 340.

(3) L. 17. D. *de S. P. R.*

(4) L. 12. C. *de serv.*

(5) *Comm.* ad *h. l.* Questa interpretazione è appoggiata anche dai Basilici LVIII. 7. 5.

(6) *O. c.* p. 362.

della servitù, non già la misura dei possedimenti: quindi essa non potrebbe senz' altro ampliarsi pei nuovi possedimenti aggiunti ai primi pei quali venne costituita. Quel frammento è troppo breve in confronto ad altri del codice inutilmente lunghi; tuttavia con egual ragione io posso applicarlo al caso inverso. Il proprietario del fondo serviente potrebbe mai far valere la pretesa di diminuire al proprietario del fondo dominante la quantità d' acqua che esso conduce perchè eccedente la proporzione con le necessità del fondo stesso? È una pretesa che niun giureconsulto romano avrebbe stimato tale da dedursi in giudizio dovendo invece aversi riguardo unicamente ai limiti in cui fu costituita la servitù *(servitus terminum facit)* e, se non si trova il titolo, è il continuato esercizio della medesima che ne mostra insieme la estensione (come anche negli interdetti) senza che la si debba ridurre al puro necessario per irrigare (1).

Allo stesso modo la larghezza della *via* spettante per servitù ad un dato fondo è indipendente dalla misura fissata come necessaria (2).

Il medesimo principio appare anche con una certa, direi quasi, rigidità nelle applicazioni dell' altra massima: *quaecumque servitus fundo debetur omnibus eius partibus debetur* (3) Pomponio scrive:

« Si partem fundi mei certam tibi vendidero, aquaeductus ius etiamtsi alterius partis causa plerumque ducatur, te quoque sequetur: neque ibi aut bonitatis agri, aut usus eius aquae ratio habenda est, ita ut eam solam partem fundi, quae praetiosissima sit, aut maxime usum eius aquae desideret, ius eius ducendae sequatur sed pro modo agri detenti aut alienati fiat divisio (4) ».

Io ti ho venduto una parte del mio fondo venendo così a costituire un nuovo fondo (5): la servitù che era dovuta al fondo totale spetta anche ai due fondi che da questo risultarono: ciò in virtù della massima sopra ricordata. Ma insieme vi è l' applicazione di un altro principio perchè se la servitù per sua indole fosse

(1) L. 1. §. 13, 15, 17 D. *de aq. quot. et aest.* La stessa tesi è generalmente esposta nelle l. 9. 13. D. *de serv.* l. 13. D. *de S. P. R.*

(2) L. 23. D. *de S. P. R.*

(3) L. 13. §. 1. l. 23. §. 3. h. t.

(4) L. 25. h. t.

(5) L. 6. §. D. *comm. praed.*

un istituto connesso con le necessità del fondo bisognerebbe avere appunto quel riguardo che Pomponio dice dover essere qui trascurato, vale a dire il riguardo alla natura del suolo nell' appezzamento alienato, al bisogno che esso ha di acqua in confronto all' altro *(aut maxime usum eius aquae desideret)*. Insomma l' appezzamento costituente ora il nuovo fondo se per la sua indole non abbisogna di acqua, o dovrebbe mancare di ogni partecipazione al l' *ius aquaeductus* già spettante all' intiero fondo o parteciparvi in *proporzione dei suoi bisogni (ita ut eam solam partem fundi, quae praetiosissima sit aut maxime usum eius aquae desideret ius eius ducendae sequeretur)*. Invece la partecipazione si stabilisce col solo criterio della proporzione delle parti col tutto *(pro modo agri detenti aut alienati)*. Non nego che il frammento è volto principalmente ad applicare quel principio che i pratici enunciavano così: *servitus est tota in toto sicut anima*. Ma in pratica e in specie nel Diritto romano, che è un intimo sistema, le massime giuridiche si integrano e si allacciano tra loro con legami indissolubili; d' altra parte il significato che noi troviamo nelle parole di Pomponio non è davvero un insegnamento isolato. Pertanto a quella guisa che non si ebbe un riguardo primordiale a far sorgere la servitù in rapporto alle mere necessità del fondo, così neppure nelle successive divisioni di questo può aversi tal riguardo per i singoli appezzamenti destinati a divenire altrettanti fondi.

3.° Vi fu un tempo in cui divenne quasi una *communis opinio* l' asserzione del Noodt (1) che mentre l' antico Diritto romano non aveva ammesso servitù eccedenti il necessario, fu possibile una *servitus amoenitatis causa* solo nelle età più recenti del medesimo. Quest' asserzione fu diligentemente confutata dal Thibaut il quale anzi conclude: « Per quanto noi conosciamo l' istoria, non è mai » generalmente esistita una regola dello stretto diritto che una ser- » vitù reale non possa essere costituita *amoenitatis causa* (2) ». Vedremo nel successivo studio come la parola *amoenitas* non esprima altro che una utilità eccedente il bisogno del fondo: indi sia piuttosto la regola che la eccezione delle servitù prediali. Tuttavia la vecchia idea del puro necessario rimane convinzione di molti e solo qualcheduno come ad es. il Molitor soggiunge non esser necessario che una concessione sia di stretta utilità, perchè essa

(1) *Probabil.* I. c. 2 e 7.
(2) *Versuche* I. p. 28.

implichi servitù (1). Ma questi limiti del puro necessario furono posti dagl' interpreti; il Diritto romano non li ebbe.

Si veggano le precise dichiarazioni in proposito della *servitus aquaeductus.*

Paolo così insegna:

« Hoc iure utimur ut etiam non ad irrigandum sed pecoris causa vel amoenitatis aqua duci possit (2) ».

Ulpiano alla sua volta:

« Haec interdicta de aqua, item de fonte ad eam aquam pertinere videntur, quae a capite ducatur, non aliunde: harum enim aquarum etiam servitus iure civili constitui potest (3) ».

« Illud quaeritur utrum ea tantum aqua his interdictis contineatur quae ad agrum irrigandum pertinet; an vero omnis etiam ea quae ad usum quoque et commodum nostrum? Et hoc iure utimur ut haec quoque contineatur. Propterea quod etiam si in urbana praedia quis aquam ducere velit hoc interdictum locum habere potest (4) ».

Egli stesso conferma tosto l' esteso concetto con le parole:

« Quamvis ea sit aqua, quae ad rigandos (agros) non est necessaria (5) ».

Nè si vorrà certo obiettare che Ulpiano parla di interdetti i quali proteggono talune ampie facoltà di condurre acqua, non di servitù. Infatti egli stesso si riferisce ad acque sulle quali per *Diritto civile può costituirsi servitù:* il che poi è confermato dal precedente frammento di Paolo. Del resto gl' interdetti non fanno che preparare la causa (6) e la *confessoria in rem actio* confermerebbe al vincitore la servitù di regola in quella estensione in cui fu possessoriamente tutelata.

I giureconsulti dicono proprio chiaramente che lo scopo della *servitus aquaeductus* non è il puro necessario per la irrigazione e nemmeno per l' abbeveramento di coloni od animali: essa può riferirsi all' *amoenitas* secondo la espressione di Paolo, al *commodum*

(1) *O. c.* p. 301.
(2) L. 3. pr. D. *de aq. quot. et aest.*
(3) L. 1. §. 7. D. h. t.
(4) L. 1. §. 11. h. t.
(5) L. 1. §. 13. h. t.
(6) L. 1. §. 45. h. t.

nostrum secondo l'equivalente di Ulpiano (1). Se per noi oggi è preziosa una servitù d'acquedotto in vista degli scopi industriali e dei diversi bisogni agricoli, anche nella vita romana il vantaggio della medesima per il proprietario di un fondo era grandissimo giovando l'acqua coi *rivi salientes* a temperare il calore del luogo; ad alimentare piscine, laghi artificiali, cascate, naumachie ecc. crescendo così smisuratamente il valore (2) delle ville occupanti omai vasta distesa di campi.

Ed ecco presentarsi una antinomia delle citate leggi con altra (3) ove è detto riguardo alla possibilità di una *servitus calcis coquendae vel cretae eximendae* doversi questa limitare a ciò che fa di bisogno al fondo dominante *(non ultra possa quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit)*. Nel successivo studio definiremo appunto come debba intendersi questa legge e in che senso sia possibile accettare la massima del Vangerow testè riferita e che può dirsi comunemente accolta. Basti per ora l'aver ricordato brevemente le opinioni dei giuristi romani riguardo allo scopo della *servitus aquaeductus*. Ci resta poi a dimostrare che in cambio del criterio della necessità essi cercarono per la servitù prediale quello della connessione del contenuto di lei col vantaggio di un fondo.

4.° Nel giudizio in cui taluno chiede riconoscimento del suo diritto di servitù di cui altri ha impedito l'esercizio entra pure la valutazione dell'*id quod interest* (4). La misura dell'*id quod interest* sta appunto in relazione allo scopo della servitù prediale. Infatti vediamo che può accamparsi il *commodum* di cui il vietato esercizio della servitù ci privò per un dato tempo (5). Ciò combina con l'idea della utilità che ci apporta la servitù prediale. Ma è pure detto che nella valutazione del danno può entrare il criterio del mancato soddisfacimento dei bisogni di un fondo (6) appunto

(1) A ragione quindi il **Leyser**, *Ius. georg.* III c. 33 n. 13 trovava questi tre elementi nello scopo della *s. aq.*: irrigazione, abbeveramento, uso e comodo dei proprietari. Altri trascurarono poi quest'analisi.

(2) Vedi come **Cicero**, *Ad. Q. fratr.* I. 1. c. 1, dopo aver descritto il lusso delle acque condotte a scopi di amenità nella villa loro, accenna chiaramente il maggior valore economico che questa ha acquistato.

(3) L. 5. D. *de S. P. R.*

(4) L. 4. §. 2. D. *si serv. vind.* (VIII, 5).

(5) L. 6. §. 6. D. h. t.

(6) L. 18. D. b. t.

della mancata irrigazione (*quia aquam ducere prohibitus esset siccitatibus detrimenti caepisset*). Dunque — potrebbe obiettarsi — la servitù d'acquedotto era sorta per provvedere alle necessità del fondo e ciò distrugge la precedente nostra dottrina.

L'obietto che io faccio a me stesso offre anzi l'opportunità di una più precisa formolazione dei precedenti risultati. La costituzione di una *servitus itineris* non toglieva a me la possibilità di valermi dell'*iter limitare*. D'altra parte non poteva dirsi che fosse il proprietario romano che avesse tracciato liberamente questo. Era piuttosto il Diritto che rendeva intangibile il *limes*, inviolabili i *quinque pedes*: di fronte a questa protezione del sentiero limitare il proprietario doveva piuttosto rimanere inattivo salvo un possibile contributo in caso di riparazioni etc. Insomma il bisogno dell'accesso al fondo era soddisfatto senz'alcuna operosità del colono. Al contrario il bisogno dell'acqua, quantunque per le *fossae limitales* vi sia una certa somiglianza col divieto di toccare il *limes* (1), richiede una certa attività del colono stesso: egli deve procurarsi l'acqua pubblica, deve costruire ricettacoli d'acqua piovana, fare insomma quello che gli *scriptores rei rusticae* gli consigliano. È naturale che se egli è fornito di una *servitus aquaeductus*, di regola almeno non ricorre agli altri mezzi più disagevoli trovando invece nella servitù *un più comodo soddisfacimento delle necessità agricole*. Se questo titolare della servitù è impedito di esercitarla, per certo dedurrà in giudizio il danno della mancanza di acqua risentito dal suo fondo: nè certo può avere improvvisato la costruzione di cisterne cui non pensò perchè provvisto di una *servitus aquaeductus* e quando lo avesse fatto nel frattempo che fu impedito, può darsi che la pioggia non sia caduta ad alimentarle (2).

Si può pertanto asserire che in molti casi una servitù d'acquedotto rappresenta un più comodo soddisfacimento dei bisogni di un fondo senza che però sia l'unico mezzo di provvedere ai medesimi: è piuttosto un più comodo surrogato di quelle facoltà che, nel li-

(1) V. le *leges colon.*

(2) *Quid iuris* se alla domanda dell'attore (che nell'impedito esercizio della *serv. aq.* accenna per la valutazione dell'*id quod. interest* al detrimento della siccità) il convenuto pure perdendo la causa opponesse la dimostrazione che tal danno non vi fu essendo quegli fornito di acqua? Si ricorrerà allora al criterio del *commodum* di cui fu privato?

mite del necessario, competono ai vicini pel solo rapporto giuridico della vicinanza.

5.° Se il criterio del puro necessario non è il limite della servitù prediale d' acquedotto, come delle altre, e si deve invece cercare la estensione fissata nel titolo costitutivo (1) è naturale però che ove manchi la misura convenzionale della medesima (2) conviene ricorrere al fatto stesso dell' esercizio, niente importando se esso è in proporzione maggiore o minore dei bisogni del fondo (3), e in ultima ipotesi, non essendovi altro criterio, si dovrà dare alla servitù un *contenuto che non ecceda i bisogni del fondo* sia questo un contenuto già in via generale fissato da apposite norme (4) sia che risulti da un particolare esame dei bisogni di ogni singolo fondo (5). Questo principio è seguito naturalmente anche dai moderni codici (6). Infatti qual altro criterio rimaneva al Diritto se taccia la convenzione nè si possa trarre ammaestramento dal fatto dell' esercizio? Il titolare della servitù ha da imputare il più delle volte a se stesso (salvo il caso dell' acquisto per atto di ultima volontà) se non curò una più precisa determinazione della *servitus*. Ad ogni modo lo scopo economico di questa non è falsato perchè anco negli stretti limiti sussidiariamente posti dal Diritto essa rimane un più comodo soddisfacimento dei bisogni del fondo.

§. 9. Noi dobbiamo fare una conclusione riferibile a questo, come ai precedenti studi collegati intimamente da un unico intendimento. Ebbi in animo di ricercare lo scopo delle due vetuste e tipiche forme di servitù prediale nel Diritto romano. La *servitus itineris* ci apparve sorta non ostante che il bisogno dell' accesso ai fondi fosse soddisfatto (7). La *servitus aquaeductus* similmente non fa che apportare una utilità ai fondi o costituire un più co-

(1) L. 12. C. *de serv.* Cf. l. 13. §. 2. D. *de S. P. R.*

(2) « Quod si nihil dictum est » l. 13. §. 2. h. t.

(3) L. 1. §. 11, 13, 15. D. *de aq. quot. et aest.*

(4) « In via.... si dicta latitudo non est *legitima* debetur » l. 13. §. 2 h. t.

(5) « Ab arbitro statuendum est » *d. l.*

(6) *Oester. Gesetzbuch* §. 484, 495, 497, 500; *Cod. civ. ital.* art. 621, 647.

(7) Bella perciò e molto precisa, come sempre, sarebbe la frase dell' **Arndts-Serafini**, I. §. 186 « le *serv. praed. rust.* talvolta mirano *a concedere* o ad » agevolare l' accesso al fondo dominante, tal altra a farne più proficuo il go- » dimento o ad aumentarne i proventi » se si potesse sopprimere la parola *concedere* accennante ad un residuo dell' idea della servitù necessaria.

modo mezzo di soddisfacimento dei loro bisogni. Le altre servitù di cui è cenno nei libri dei giuristi romani presentano evidentemente un carattere di mera utilità pel fondo dominante (1).

Non si creda che la ricerca dello scopo di necessità o di utilità delle servitù prediali sia una sottigliezza. Quando io avessi la fortuna di convincere lo studioso con queste indagini, come con la successiva più generale che ne sarà il complemento, egli vedrebbe che il criterio di utilità pel fondo dominante spiega in massima parte la elegante dottrina romana della servitù prediale. Se quest' istituto non fu limitato alle pure necessità di un fondo ebbe tuttavia nel Diritto classico una precisa figura per mezzo di un altro criterio che esamineremo e che ne fu insieme il movente ed il limite. In pari tempo se è noto che sani concetti economici ritrovansi nel Diritto romano non è forse abbastanza osservato che l' istituto della servitù prediale ha motivi strettamente economici i quali ricevettero la migliore e più esatta formolazione dai giuristi classici; ad essi appunto han dovuto tornare i moderni codici dopo le tristi aberrazioni medioevali così dannose all' economia. Si comprenderà pertanto l' ammirazione di Roscher (2) per le sane vedute economiche dell' antichità classica e ci appariranno forse nuovi pregi del Diritto romano.

Catania, 1883.

---

(1) *Arch. giur.* XXVII, p. 266.
(2) *O. c.*

AMM. PROV. DI TORINO
№ 15656
BIBLIOTECA
115498